

A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS SOCIEDADES EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E SEUS REFLEXOS PARA FINS DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Victor Daniel Tonheiro Ferro Souza¹

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a possibilidade de incidência do Código de Defesa do Consumidor nas demandas que versam sobre Sociedade em Conta de Participação (SCP), em especial no caso de fraudes, que tradicionalmente são regidas pelo Código Civil. O estudo busca apresentar também os reflexos que esta incidência causa para fins de condenação à pagamento de indenização por Dano Moral, levando em conta as diferentes formas de Responsabilidade Civil decorrentes dos códigos supracitados em relação a sua apuração e o alcance para efetivação da justiça decorrente do dano causado. Busca-se comprovar que atualmente a incidência do Código de Defesa do Consumidor a estas lides objeto da presente pesquisa se faz mais ajustada à realidade do cidadão comum que participa das denominadas SCP, tendo em vista as atualizações tecnológicas e sociais que vivemos. O trabalho leva em conta o estudo de diversos casos em consonância com a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e ainda o posicionamento doutrinário sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVES

Direito do consumidor. Conta de membro. Responsabilidade civil. Dano moral.

¹ Especialização em Direito Civil e Processo Civil, Universidade Tiradentes – UNIT; Pregoeiro do hospital universitário de Sergipe – EBSEH. E-mail: victor.tonheiro@gmail.com

ABSTRACT

The present work seeks to demonstrate the possibility of incidence of the Consumer Protection Code in the demands that deal with Participation Account Society (SCP), especially in the case of fraud, which are traditionally governed by the Civil Code. The study seeks to present also the reflexes that this incidence causes for the purpose of condemnation to the payment of indemnity for Moral Damage, taking into account the different forms of Civil Liability arising from the aforementioned codes in relation to its investigation and the scope for the realization of justice resulting from the damage done. It is sought to prove that currently the incidence of the Consumer Protection Code to these deals object of the present research is more adjusted to the reality of the common citizen who participates in the so-called SCP, in view of the technological and social updates that we live. The work takes into account the study of several cases in line with bibliographic and jurisprudential research and also the doctrinal positioning on the subject.

KEYWORDS

Consumer right. Membership account. Civil responsibility. Moral damage.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade de consumo. Diversas são as relações que realizamos todos os dias. Desde crianças somos habituados com estas relações, seja de forma simples, como aquisição de um doce, seja com a formulação de um complexo contrato de prestação de serviços e aquisição de bens de forma financiada, com cláusulas suspensivas, impeditivas e restritivas de direitos.

Nesta esteira, temos que com os avanços tecnológicos da nossa sociedade várias relações contratuais que antes dependiam de conhecimento aprofundado sobre o tema ou orientação por profissional específico para sua realização vem sendo facilitadas por meio de aplicativos de

mensagens, redes sociais, programas de computador entre outros meios eletrônicos.

Dentro desta situação podemos inserir a inclusão em sociedades em conta de participação. O que antes era visto como um complexo negócio jurídico, com necessidade conhecimento aprofundado ou orientação profissional sobre o Código Civil e Direito Contratual, hoje se tornou num verdadeiro 'garimpo' de 'investidores' sem qualquer tipo de informação adequada e pormenorizada, usado principalmente para maquiagem diversas relações de consumo e afastar as culminâncias legais.

Especial relevância toma este fato quando chegamos até a esfera judicial e falamos de demandas que tem como objetivo a indenização a título de Dano Moral. Em verdade, por estarmos diante de uma lide com objeto uma sociedade, muitas vezes o Código Civil acaba sendo utilizado para afastar condenações mais rigorosas que poderiam ser alcançadas se sobre a lide incidissem as prerrogativas e sujeições do Direito do Consumidor, assim causando uma 'injustiça fundamentada' às vítimas e trazendo impunidade aos fraudadores que se utilizam desta prática.

Obviamente que esta situação veio a ser percebida pelo Poder Judiciário e este tem analisado com profundidade o tema, criando jurisprudência no sentido de estender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às sociedades em conta de participação.

Entretanto, a forma com que os tribunais têm feito esse prolongamento tem sido muito diversificada, sem uma padronização quanto ao entendimento e, abrindo margem para recursos variados que emperram o processo e acabam gerando uma mora na efetividade judicial e uma 'impunidade velada'. Outrossim, por muitas vezes vemos que a primeira instância tem negado o direito, enquanto a segunda tem reformado, o que claramente demonstra uma divergência de posicionamento nos próprios tribunais.

O presente trabalho apoia a vertente que busca demonstrar a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações decorrentes das sociedades em conta de participação, em que pese ser uma 'sociedade' regida pelo Código Civil, em especial para fins de condenação a título de Dano Moral, aproveitando a oportunidade para explicar o que é sociedade em conta de participa-

ção, apresentar a forma atual de utilização da sociedade em conta de participação de forma fraudulenta, demonstrar como atualmente vem sendo analisada a responsabilidade civil em sociedades em conta de participação, expor as diferenças entre legislações no que tange ao dano moral e sua imputação e trazer à baila o entendimento jurisprudencial atual sobre o tema.

A pesquisa foi elaborada de forma bibliográfica e documental, baseada em todas as fontes admitidas na área jurídica, são elas: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Direito Comparado e ainda artigos disponíveis na internet.

Foram utilizados como métodos de abordagem, que são os métodos lógicos, o dedutivo e o método dedutivo. Como métodos auxiliares será utilizado o método comparativo.

Por fim o método de abordagem quanto aos objetivos será o quantitativo que atua nos níveis de realidade e objetiva a apresentação de dados e tendências. É o mais apropriado para o caso, pois possui uma validade externa muito forte pois tem os resultados mais gerais em prol da comunidade.

2 DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação é modalidade societária prevista nos artigos 991 e seguintes do Código Civil. A sociedade em conta de participação (SCP) se denota numa espécie societária onde um dos sócios, denominado Sócio Ostensivo, é responsável pela realização da atividade empresarial objeto da sociedade, e os demais sócios, denominados Sócios Ocultos ou Sócios Participantes, tem interesse nos resultados decorrentes desta atividade.

Temos que na prática, a sociedade em conta de participação é utilizada como uma forma de atuar numa atividade empresarial sem necessariamente ter o conhecimento específico sobre o ramo. O Sócio Participante serve como investidor, fomentando a atividade do Sócio Ostensivo principalmente pela via financeira, enquanto o Sócio Ostensivo é o verdadeiro realizador da atividade empresarial, haja vista que até os moldes em que a mesma será prestada são por esse determinado.

Ponto fulcral a se salientar decorre do artigo 992, que diz que a sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade para ser constituída, ou seja, não possui forma prevista em lei, independentemente de qualquer ato solene para sua criação e bastando ser provada por qualquer meio admitido em direito, seja ele prova documental, pericial ou testemunhal.

Essa facilitação tanto na criação da sociedade quanto na atuação empresarial, seja para o lado do Sócio Ostensivo seja para o do Sócio Participante é delineada por Fábio Martins da seguinte forma:

Pelas suas peculiaridades, a Sociedade em Conta de Participação pode ser um instrumento eficaz na condução de negócios e conquistas de oportunidades. A sua simplicidade permite aos sócios que operem com rapidez ímpar, especialmente se comparada com outros tipos societários sujeitos aos diversos requisitos e formalidade. (ANDRADE, 2008, p.).

Por conta desta situação peculiar, a doutrina diverge no que tange à natureza jurídica da sociedade em conta de participação como 'sociedade'. Isto porque, pode ser facilmente percebido que, na prática, a intenção do Sócio Participante não seria exercer atividade empresarial, mas tão somente de investir um valor 'x' e esperar o retorno deste investimento por meio da atuação de um profissional capacitado.

Em outras palavras, o Sócio Participante não tem interesse de participar de uma sociedade, mas tão somente de investir uma certa quantia e receber os lucros advindos daquele investimento e da atividade empresarial desempenhada por aquela sociedade.

Sobre isso, diz Fabio Ulhoa:

Definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas. Embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto [...], a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou sociedade. Suas marcas características, que a afastam da sociedade empresária típica, são a despersona-

lização (ela não é pessoa jurídica) e a natureza secreta (ULHOA, 2003, p. 478).

Cabe aqui também inserir o que determinara a Comissão de Valores Mobiliários, órgão que fiscaliza o mercado de valores mobiliários no país, no processo administrativo RJ2015/7239, que por meio das palavras de Gustavo Tavares Borba, afirmou que a SCP não é sociedade propriamente dita, mas um CONTRATO DE INVESTIMENTO:

A sociedade em conta de participação, apesar do nomen iuris que lhe foi atribuída pelo ordenamento jurídico, não consiste verdadeiramente em uma sociedade, o que se observa tanto pela sua inserção em subtítulo do Código Civil que trata das 'sociedades não-personificadas', quanto pela leitura dos dispositivos legais que regem esse instituto, em especial os artigos 991, 993 e 994 do citado diploma legal. Não se verifica, na 'sociedade em conta de participação', a constituição de uma pessoa jurídica para o desempenho da atividade definida em seu instrumento. Trata-se, portanto, de um contrato entre um investidor (sócio oculto/participante) e um empreendedor (sócio ostensivo), a fim de que este exerça determinada atividade específica e partilhe o lucro com o investidor. Processo Sancionador CVM RJ2015/7239.

Desta forma, devemos perceber que em que pese o nome 'sociedade', a SCP na verdade, vem sendo tratada não como espécie societária propriamente dito, mas como espécie contratual, em especial por sua simplicidade de trato e manejo, e com isso tem facilitado o acesso de pessoas mais leigas ao meio empresarial por meio de investimentos em favor do Sócio Ostensivo.

Com este raciocínio podemos notar que a Sociedade em Conta de Participação, em que pese a discussão no que se refere a sua natureza jurídica, pode – e tende a – ser considerada como contrato e não como sociedade propriamente dita, e aliado a isso, tem se mostrado como uma alternativa viável para os interessados na atuação no mercado de investimentos sem, contudo, ter necessariamente o conhecimento específico sobre o tema, apenas assumindo o risco do fomento em um profissional para que realize tal atividade.

3 DA UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA

Se por um lado a sociedade em conta de participação se mostra como um meio prático a participação de iniciantes no meio empresarial e comercial, por outro tem sido utilizada de forma escusa para simular contratos dos mais diversos tipos, como de consórcio, financiamento e corretagem de valores, entre outros, buscando assim afastar as incidências legais inerentes a estes contratos.

Na prática os fraudadores buscam solidificar um suposto empreendimento, seja este referente a qualquer que seja o objeto de prestação de serviço, mas principalmente no que tange à renda variável ou investimentos com retorno a médio e longo prazo. A materialização deste investimento varia, desde a criação de uma sede até a contratação de empresas seguradoras do empreendimento ou apresentação de garantia real em imóveis, móveis ou bens de alto valor.

Após esta concretização, passa-se a fase de angariação de investidores. A empresa criada passa a configurar como Sócio Ostensivo, enquanto pessoas comuns passam a ser contatadas e influenciadas a investir uma quantia 'x' no empreendimento, tornando-se Sócios Participantes, com a promessa de retorno desta quantia após um médio ou longo prazo.

Neste ponto, é de fundamental importância informar que os meios digitais têm se tornado uma ferramenta amplamente utilizada pelos fraudadores. A facilidade de acesso e a velocidade de comunicação tem sido uma arma na mão desses inescrupulosos que para conseguir arrebatar novos investidores vem se utilizando de aplicativos de mensagens, redes sociais e os mais diversos meios eletrônicos.

Após a fase de 'garimpagem' de investidores, o que vem ocorrendo na prática é que muitas dessas empresas Sócias Ostensivas se utilizam dos investimentos realizados por seus Sócios Participantes e não entregam os valores prometidos a título de investimento ou mesmo os bens intentados a aquisição, causando assim prejuízo àqueles que de forma inocente intentaram participar do negócio.

Como exemplos podemos citar os casos abaixo:

CVM MULTA ACUSADOS POR OFERTA IRREGULAR DE INVESTIMENTO ENVOLVENDO CRIPTOATIVOS

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) multou em um total de R\$ 750 mil – R\$ 250 mil cada – a G44 Brasil S.A. e seus sócios Joselita Escobar e Saleem Zaheer por terem realizado oferta pública irregular por meio de sociedade em conta de participação (SPC). A autarquia identificou na oferta de criptoativos do grupo características de um contrato de investimento coletivo (CIC), valor mobiliário sob sua supervisão e cuja oferta exigiria registro prévio.

Foi a primeira vez que o colegiado da CVM se debruçou sobre um processo sancionador envolvendo uma oferta de criptoativos. O caso nasceu de questionamentos de investidores sobre a legalidade de ofertas feitas na página www.g44.com.br. A empresa apresentava oportunidades de investimento no mercado Forex combinado, em alguns casos, com a compra de bitcoins.

A promessa era gerar ganho tanto na alta quanto na queda de moedas estrangeiras. Para isso, o investidor comprava uma cota de participação em troca do recebimento de lucro. Tornava-se assim ‘sócio participativo’, que ‘realiza aporte financeiro para obter lucro’ e ‘não tem responsabilidade na gestão’, enquanto a G44 era o ‘sócio ostensivo’. (ESTADÃO CONTEÚDO, 2020, on-line).

De forma mais próxima, podemos citar caso que tomou notoriedade na sociedade sergipana, onde um empresário, sócio, gerente e marido da proprietária de uma sociedade em conta de participação tentou simular o próprio sequestro para poder desviar os investimentos realizados pelos Sócios Participantes.

Em síntese, a empresa trabalhava com investimentos no Mercado Forex, meio de investimento ainda não propriamente regulamentado no Brasil e incentivava as pessoas a investir altas quantias com a promessa de retorno deste valor numa variação de 3% (três por cento) à 10% (dez por cento) do valor despendido. A empresa realizava a administração dos valores investidos por seus clientes, mas mascarava esta prática com a criação de contrato de sociedade em conta de participação, onde os clientes figuravam como Sócios Participantes e a empresa como sócio ostensivo.

O caso tomou repercussão quando o proprietário da empresa simulou o próprio sequestro, inclusive forjando suposta tortura e tentara com isso desviar mais de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) dos investidores. Graças ao empenho da polícia sergipana a situação foi desmascarada, tendo o réu confessado a fraude relativa ao sequestro. O fato gerou – e até hoje gera – diversas demandas judiciais que estão em andamento no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Maior gravidade tem ganhado a prática com o advento das redes sociais e dos aplicativos de mensagens, uma vez que toda a negociação, contratação e até notificação tem sido feita por meio virtual, muitas vezes sequer tendo contado a vítima com os estelionatários, tão somente com prepostos que muitas vezes também são Sócios Participantes.

Tudo isto por óbvio não poderia deixar de ser alvo da análise judicial. O Poder Judiciário tem recebido cada vez mais demandas decorrentes da utilização de sociedades em conta de participação, tendo emitido os mais diversos entendimentos sobre o tema, principalmente por conta da supracitada divergência no tocante a sua natureza jurídica. Urge a criação de um entendimento que venha sanar a dúvida inerente a sociedade ora estudada.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICABILIDADE ÀS SOCIEDADES EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Por conta da divergência no tocante a determinação da sociedade em conta de participação como de natureza societária ou contratual, temos que quando da análise judicial encontramos um impasse de entendimentos onde alguns tribunais vêm aplicando a lei civilista enquanto outros tem aplicado a lei consumerista e com isso causando dissonância jurisprudencial sobre o tema, em especial no que se refere ao dano moral.

Para que possamos entender esta situação devemos, então, nos debruçar sobre o instituto da Responsabilidade Civil e como ela pode ser imputada a alguém. O artigo 186 e 927 do Código Civil são as bases fundamentais da responsabilidade

civil, trazendo à tona que aquele que causa dano a outrem tem o dever de indenizar, e que esta indenização pode ser tanto na esfera material quanto moral, dependendo sempre de análise de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo (ação ou omissão voluntária).

A doutrina disciplina que esta modalidade de responsabilidade, onde exige-se uma verificação da intenção do agente, denomina-se como Responsabilidade Subjetiva, ou seja, que leva em conta a vontade do sujeito, e é composta pela tríade *Conduta - Nexo Causal - Dano* com a influência da Culpa ou Dolo na conduta.

Sobre o tema, podemos aqui citar o entendimento de Sergio Cavaliere Filho, citado por Tartuce que diz que a culpa é caracterizada por três elementos: 'a) a conduta voluntária, com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção" (TARTUCE, 2011, p. 414).

Este tipo de configuração anda de mão dadas com uma regra processual básica em qualquer demanda: aquela que diz que o ônus da prova incumbe àquele que alega.

Qualquer dano questionado, em especial o moral, portanto, deve ser devidamente comprovado. Mister aqui salientar de forma sucinta que a comprovação do Dano Moral não se limita a mera situação danosa, mas em verdade a uma agressão direta aos direitos da personalidade previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, quais sejam, Vida Privada, Honra, Imagem e Intimidade.

Temos que, trazendo estes ensinamentos para o objeto do presente estudo, o dano moral que se costuma alegar nas demandas que versam sobre fraudes perpetradas se utilizando da sociedade em conta de participação deve ser prontamente demonstrado, inclusive, deixando clara a culpa ou dolo no ocorrido. Por tal situação, muitas vezes, em que pese a parte Demandante tenha sofrido um dano claro, tendo suprimida altas quantias monetárias – o que claramente agride a sua vida privada e intimidade – no que se refere aos seus direitos indenizatórios extrapatrimoniais, resta negligenciada, em razão de sua hipossuficiência em alcançar a comprovação da situação no âmbito processual. O já citado Sergio Cavaliere Filho, em seus ensinamentos, diz:

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. (CAVALIERE FILHO, 2007, p. 16).

E não sem razão é que temos diversos julgados que tem negado o dano moral nos casos, envolvendo a sociedade em conta de participação por considerar a situação perpetrada como mero descumprimento contratual. É o que pode ser visto dos julgados abaixo colacionados:

RECISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA – MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (APL 0000740-24.2006.8.26.0300, Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator: Fortes Barbosa, Julgamento: 20 de maio de 2015, Publicação: 22/05/2015).

Por outro lado, temos que a lei consumerista prevê uma modalidade diferente de responsabilidade, que independe de culpa ou dolo, limitando-se a analisar a conduta, o dano e o nexo causal existente entre eles. É o que pode ser visto por exemplo, do artigo 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Este tipo de responsabilidade, que independe de análise de culpa ou dolo é denominada como Responsabilidade Objetiva. Em suma, diferentemente da Responsabilidade Subjetiva, a vontade do agressor é irrelevante para fins de imputação, sendo necessária tão somente a configuração da conduta ilícita, do dano ocorrido e do nexo causal entre eles.

Tal modalidade de responsabilidade se faz necessária no Direito do Consumidor em razão da fragilidade do consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços quanto aos meios de provas e tal tratamento busca trazer equilíbrio para

a relação processual. Essa desigualdade é muito bem ilustrada por Cláudia Lima Marques:

Como se observa na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais. (MARQUES, 2002, p. 52-53).

Neste sentido, portanto, ocorrendo dano, seja ele material ou moral, para o direito do consumidor, independe se houve intenção ou se o dano decorre de imprudência, imperícia, ou negligência do autor. O que basta é que este dano decorra de uma conduta ilícita e que tenham nexos causal entre eles e que tudo isto se mostre como lesivo à esfera extrapatrimonial do autor.

Não exaustivo aqui lembrar que concomitante com a Responsabilidade Objetiva, na jurisprudência consumerista tem sido frequente a ocorrência do chamado Dano Moral Presumido ou Dano Moral *In Res Ipsa* que prevê que uma mera conduta, por si só, já pode ser considerada como danosa e ensejadora de indenização a título de dano moral, sendo dispensável não somente a comprovação da intenção do agente, como também da extensão do dano em si.

Desta forma, o que na esfera civilista antes era uma busca pela composição de uma tríade – quicá um quadrilátero – de responsabilidade civil, com demonstração de conduta, culpabilidade, nexos causal e dano; passa a ser apenas o apontamento de uma conduta específica, que por si só, já enseja responsabilidade e dever de indenizar.

Temos, restringindo-nos novamente às sociedades em conta de participação que os tribunais

têm aplicado tanto o Código Civil como, de forma extensiva ao caso concreto, o Código de Defesa do Consumidor. Por uma vertente, se considera o vilipêndio aos direitos da personalidade pela própria prática fraudulenta em si, comprovando assim a conduta e a culpabilidade do agente, ensejando a condenação por dano moral nos moldes civilista; por outra vertente, anula-se o contrato inicialmente criado por meio do instituto da Simulação e mantêm-se aquele que se buscou fraudar, que por ser regido pelo Crédito Direto ao Consumidor (CDC), acaba por facilitar a condenação em indenização por Dano Moral, inclusive por meio do entendimento do Dano Moral Presumido.

De fundamental importância citarmos aqui o entendimento esposado pelo Ilustríssimo Des. Sérgio Shimura, nos autos da Apelação Cível nº 1008859-85.2014.8.26.0005 emitido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Trata-se de ação proposta por JOSE DE JESUS RODRIGUES JUNIOR contra INSIDE ADMINISTRADORA E PARTICIPAÇÕES LTDA ME e outros objetivando a declaração de nulidade de negócio jurídico, bem como a reparação pelos danos materiais e morais causados

[...]

Sobreveio sentença de procedência parcial [...]; não houve dano moral.

[...]

No caso, a simulação do contrato de sociedade em conta de participação é incontroversa, **aplicando-se o art. 167 de Código Civil**, segundo o qual “é nulo o negócio jurídico simulado, **mas subsistirá o que se dissimulou**, se válido for na substância e na forma”

[...]

Nos termos do contrato simulado, o autor entregou à Ré a quantia de R\$ 30.000,00 para “integralização do capital social” da sociedade cujo tempo de duração era de um ano, renovável. Certo, pois, que alcançado o termo final, o montante deveria ser devolvido acrescido de juros e correção monetárias.

Evidentemente, ao assinar o contrato o autor almejou o pagamento de alta rentabilidade de pessoa jurídica não equiparada a instituições fi-

nanceiras. Todavia, o propósito de ganhar com o negócio jurídico não retira a ilicitude do ato praticado pela Ré, nem torna a vítima associado da ré, pois o autor foi enganado, atraído justamente pela promessa de lucros fáceis.

[...]

Nesse passo, o dano moral ficou evidenciado, pois além da frustração da expectativa de lucros, a possibilidade de perda do valor total investido causou mais que mero dissabor, somado ao fato do autor ter passado pelo desgosto, constrangimento e humilhação de ter sido mais outra vítima do golpe perpetrado no mercado pela ré. Aqui, a **falha na prestação dos serviços de administração de carteira de valores mobiliários** e a fraude perpetrada gerou perturbação emocional, transtornos e aborrecimentos, passíveis de indenização.

[...]

Feitas essas considerações, a **r. sentença deve ser parcialmente reformada, para condenar a Ré a pagar a indenização por danos morais** fixada em **R\$ 10.000,00**, que deverá ser corrigida monetariamente pela Tabela Prática do deste Tribunal de Justiça a partir da publicação do acórdão (Súmula 362-STJ) e acrescida de juros legais a partir da citação (art. 240, CPC/2015 e art. 405 CC). (Grifo nosso).

Com base neste voto, podemos ver que o Tribunal de São Paulo reformara a sentença de improcedência no tocante ao dano moral, considerado mero ‘descumprimento contratual’ e para tanto se formulara entendimento louvável, utilizando-se do instituto da lei civil – a simulação – para anular o contrato de sociedade firmado pela parte Autora, mas manter válido o contrato que se procurou ocultar, de serviços de administração e, ao mesmo tempo, por ser este contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor, utilizar-se da lei consumerista para aplicar o instituto da Falha na Prestação dos Serviços e condenar a parte Ré em indenização por danos morais. Igual entendimento tem seguido outros tribunais, conforme já elencado

Desta maneira, podemos notar a existência de duas vertentes para fins de responsabilização civil em casos relativos a sociedades em conta de participação e que, ainda, de forma discreta, a jurisprudência tem se afastado do entendimen-

to civilista de mero descumprimento contratual e – inclusive, utilizando-se de um entendimento misto de lei civil e consumerista – estreitado laços com a responsabilidade objetiva decorrente do Direito do Consumidor, fazendo um esforço interpretativo para adequar a situação a este código e alcançar assim a devida condenação de fraudadores não apenas na esfera material, mas, também, na extrapatrimonial.

5 DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

O fato, levando em conta a exaustivamente discutida divergência apresentada, de não existir lei regulamentando precisamente as SCP e em consonância com os entendimentos jurisprudenciais mais recentes que têm sido emanados pelos tribunais, o Congresso Nacional viu necessária uma readequação legal, a fim de que fosse inserido como matéria alvo de análise do Código de Defesa do Consumidor também as relações decorrentes das sociedades em conta de participação.

Neste sentido, tramita hoje na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 62/2003 proposto pelo Deputado Federal Antônio Carlos Mendes Thame – PSDB/SP no dia 18/02/2003, que tem como objetivo acrescentar o inciso XVII ao artigo 51 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Nas palavras do proponente,

Não se coaduna com os princípios de proteção ao consumidor qualquer prática comercial disfarçada ou ardilosa que deixe o consumidor desprotegido e exposto aos riscos de uma sociedade comercial qualquer, quando ele sequer foi devidamente alertado sobre essa proposta. (ESTADÃO CONTEÚDO, 2020, on-line)

O referido artigo 51 dispõe sobre as cláusulas abusivas contidas em contratos regidos pelo Código de Defesa do consumidor. O novo inciso XVII que se busca inserir almeja que passe a ser considerada nula a cláusula contratual que inclua automaticamente o consumidor como sócio de qualquer sociedade comercial ou qualquer sociedade em conta de participação para todos os fins de direito.

Se aprovado, o projeto de lei poderá pôr fim à discussão sobre a legislação a ser aplicada, uma vez que preverá expressamente a situação, trazendo diretamente a incidência do código de defesa do consumidor às lides relativas às sociedades em conta de participação.

Por outro lado, devemos notar que não encerra a discussão sobre a natureza jurídica da espécie societária, pois o próprio projeto se refere a esta como Sociedade e não como contrato. Ademais, este dispositivo é específico para casos onde a pessoa, ao assinar um contrato é incluída de forma automática na qualidade de sócio de uma sociedade comercial ou em conta de participação. Por esta especificidade, há de se entender que ainda poderá haver divergência quanto a aplicação da lei civil ou consumerista em outros casos, o que mantém ainda em aberta a discussão.

De qualquer maneira, o Projeto de Lei 62/2003 se mostra como um avanço significativo na aplicação do Código de Defesa do Consumidor às sociedades em conta de participação. Atualmente o Projeto De Lei (PL) encontra-se desde abril/2017 pronto para pauta de plenário.

6 CONCLUSÃO

Com base nas explanações apresentadas podemos entender que a sociedade em conta de participação é uma espécie que, se utilizada da forma correta e idônea, se mostra como uma alternativa viável para as pessoas que possuem interesse em começar atividade empresarial. Entendemos que esta facilitação se dá pelo fato de que a sociedade em conta de participação não possui natureza societária, mas em verdade contratual, conforme entendimento doutrinário e posicionamento da CVM ilustrados.

Em paralelo, temos que por conta da simplicidade de participação neste tipo de sociedade, ela vem sendo utilizada de forma fraudulenta, mesmo que não seja este o intuito da espécie, buscando encobrir outros tipos de contratos, tais como de administração de valores, de prestação de serviços de assistência de saúde, consórcio etc. Não à toa diversos casos vêm sendo investigados, descobertos e considerados ilegais, sendo inclusi-

ve veiculado em grande mídia, demonstrando que cada vez mais vem sendo utilizada a sociedade em conta de participação para aplicar golpes.

Em decorrência disto, quanto as lides que vêm sendo apresentadas ao Poder Judiciário, restaram percebido a forma de Responsabilização Civil nestes casos, inclusive, demonstrando a possibilidade de afastar a tradicional regência do Código Civil e aplicar sobre aquela o Direito do Consumidor, principalmente, buscando a configuração da denominada Responsabilidade Civil Objetiva e onde se busca compensação a título de Dano Moral. Devemos notar que este entendimento se coaduna com o atual entendimento jurisprudencial que vem flexibilizando a incidência do Código Civil e aplicando extensivamente o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, em razão da necessidade de uma definição sobre a situação das sociedades em conta de participação por parte do Poder Legislativo, pode ser visto que se encontra em trâmite o projeto de lei 62/2003, que busca incluir no Código de Defesa do Consumidor inciso específico, buscando resolver principalmente as discussões sobre inclusão automática de pessoas em SCP, o que apenas reforça a ideia de que a sociedade em conta de participação merece ser analisada pela égide do CDC e não do Código Civil.

Desta maneira podemos extrair do estudo apresentado que no que se refere a Sociedade em Conta de Participação em si, por conta de sua facilidade de utilização, e em que pese ela ser utilizada para praticar atos ilícitos, já encontra sedimentado entendimento no sentido de que a espécie não se trata de sociedade propriamente dita, mas em verdade de contrato de prestação de serviços.

Esta definição se faz de fundamental importância por ser assimilada, tendo em vista que, por conta desta natureza, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas lides referentes à sociedade em conta de participação, em especial no que tange ao Dano Moral, não é apenas uma possibilidade, mas tanto uma necessidade como uma realidade já palpável, sendo crescente a jurisprudência neste sentido, bem como a atualização legal sobre o tema.

É importante salientar que o enquadramento de lides, envolvendo SCP no Código de Defesa do Consumidor traz segurança na preservação dos

direitos da personalidade, uma vez que este código possui um posicionamento mais rígido e mais efetivo para a defesa daqueles que se demonstram hipossuficientes tanto na atuação empresarial, quanto na realização de produção de provas.

Fortes nestes argumentos é que entendemos necessária a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às sociedades em conta de participação, buscando, assim reflexos para fins de condenação a título de dano moral.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. Da sociedade em conta de participação. **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, jan. 2008.

APL 0000740-24.2006.8.26.0300. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator: Fortes Barbosa, Julgamento: 20 de maio de 2015, Publicação: 22 maio 2015.

APELAÇÃO Cível nº **70075829333**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 15/03/2018.

APELAÇÃO Cível nº **70065617987**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 30/09/2015.

APELAÇÃO Cível nº **1008416-59.2014.8.26.0224**. Rel Azuma Nishi, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Julgamento: 31/08/2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, 1993. p. 202.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 62/2003**. Autor: Antonio Carlos Mendes Thame. Brasília, 18 fev. 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104471> Acesso em: 9 jul. 2020.

CAROTA, José Carlos. A sociedade em conta de participação e o lucro presumido. **Revista Autônoma de Direito Privado**. 2009. p. 230.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 16.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CVM – Comissão de Valores Mobiliários. **CVM RJ2015/7239**. Lautem Assessoria. Data da Sessão de Julgamento: 29/11/2016. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2016/20161129_PAS_RJ20157239.html. Acesso em: 14 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2 de março de 2018.

EMPRESÁRIO de bolsa de valores é preso em Sergipe pelo crime de falso sequestro de mais de 30 Milhões de Reais. **Portal Imprensa 1**, Aracaju, SE, 9 mar. 2020. Disponível em: <https://www.imprensa1.com/empresario-de-bolsa-de-valores-e-preso-em-sergipe-pelo-crime-de-falso-sequestro-de-mais-de-30-milhoes-de-reais-i1.html>. Acesso em: 9 jul. 2020.

EMPRESÁRIO é preso em Sergipe após ter forjado o próprio sequestro. **G1 SE**, Aracaju, 9 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2020/03/09/empresario-e-preso-em-sergipe-apos-ter-forjado-o-proprio-sequestro.gh.html>. Acesso em: 9 jul. 2020.

EMPRESÁRIO forja sequestro, se mutila e acaba preso em Aracaju. **INFONET**, 9 mar. 2020. Disponível em: <https://infonet.com.br/noticias/cidade/empresario-forja-sequestro-se-mutila-e-acaba-preso-em-aracaju/>. Acesso em: 9 jul. 2020.

ESTADÃO CONTEÚDO. CVM multa acusados por oferta irregular de investimento envolvendo criptoativos. **Correio**, 10 jun. 2020. Disponível em: https://correio.rac.com.br/_conteudo/2020/06/agencias/949910-cvm-multa-acusados-por-oferta-irregular-de-investimento-envolvendo-criptoativos.html#. Acesso em: 6 jul. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

ULHOA, Fábio. **Curso de direito comercial**. V. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 478.

LORETO, Rafael. **Sociedade em conta de participação**: O que é e como utilizar em benefício da empresa. Disponível em: <https://rloreto.jusbrasil.com.br/artigos/437946083/sociedade-em-conta-de-participacao>. Acesso em: 1 jul. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52-53

MEDEIROS, Erick Felipe. **Princípio da Livre Iniciativa e a garantia ao empreendedorismo**. 2018. Disponível em: <https://erickmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/642041987/principio-da-livre-iniciativa-e-a-garantia-ao-empreendedorismo>. Acesso em: 1 jul. 2020.

MORAES, Navarro de. **Natureza jurídica contratual e possibilidade de aplicação do CDC aos contratos de SCP (Sociedade em Conta de Participação)**. 2017. Disponível em: <https://navarrodemoraes.jusbrasil.com.br/artigos/584044247/natureza-juridica-contratual-e-possibilidade-de-aplicacao-do-cdc-aos-contratos-de-scp-sociedade-em-conta-de-participacao#:~:text=A%20sociedade%20em%20conta%20de,comparada%20%C3%A0s%20demais%20sociedades%20empres%C3%A1rias.&text=992%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%2C%20que,por%20qualquer%20meio%20de%20prova>. Acesso em: 1 jul. 2020.

OLIVEIRA, Leonardo. **Sociedade em conta de participação e seus aspectos jurídicos inerentes a aplicação no direito societário brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://onixleo35.jusbrasil.com.br/artigos/799875850/sociedade-em-conta-de-participacao-scp?ref=feed>. Acesso em: 14 maio.

PAULA, Lucas de. Justiça bloqueia R\$ 755 mil da conta de empresa e proprietários que prejudicaram investidores cearenses. **OPovo online**, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2019/08/19/justica-bloqueia-r--755-mil-da-conta-de-empresa-e-proprietarios-que-prejudicaram-investidores-cearenses.html>. Acesso em: 6 jul. 2020.

SCP – Sociedade em Conta de Participação. **Portal Tributário**. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/guia/scp.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

SÓCIOS DE EMPRESA que dava golpes em consumidores por meio de falso crédito imobiliário são condenados pela Justiça. **Extra**, 23 jan. 2012. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/socios-de-empresa-que-dava-golpes-em-consumidores-por-meio-de-falso-credito-imobiliario-sao-condenados-pela-justica-3744244.html>. Acesso em: 6 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 414

TJ-AM 0240384-84.2010.8.04.0001. Relator: Nélia Carminha Jorge, Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível, Julgamento: 21 de novembro de 2016.

TJ-SP – AC: 10088598520148260005. Relator: Sérgio Shimura, Data de Julgamento: 04/04/2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data da Publicação: 28/06/2019.

VADE MECUM COMPACTO. São Paulo: Ed. Saraiva. 29. ed. 2020.

Recebido em: 14 de Dezembro de 2020

Avaliado em: 5 de Janeiro de 2021

Aceito em: 5 de Janeiro de 2021
