

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Eduardo Palma Pellegrinelli

**A sociedade em conta de participação mascarando verdadeiro contrato de consumo**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Eduardo Palma Pellegrinelli

**A sociedade em conta de participação mascarando verdadeiro contrato de consumo**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gilson Delgado Miranda.

São Paulo

2023

**Eduardo Palma Pellegrinelli**

**A sociedade em conta de participação mascarando verdadeiro contrato de consumo**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gilson Delgado Miranda.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda – PUC/SP

---

Prof. Dr. Sergio Seiji Shimura – PUC/SP

---

Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro - USP

*Com muito amor e gratidão, aos meus pais, à Flávia, à Isabela e ao Rafael.*

## **Agradecimentos**

Agradeço especialmente o Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda, que desde os tempos da graduação não poupou esforços em me apoiar e incentivar. Sempre generoso, esteve presente nos momentos mais difíceis. É o modelo de magistrado e pessoa que tento seguir.

A minha querida esposa Flávia, pelo amor, por sempre acreditar em mim, suportar minha ausência e me apoiar nos momentos mais difíceis.

Os meus filhos Isabela e Rafael, por tornarem o mundo ainda mais especial, em cada momento, todos os dias.

Os meus pais, pelo amor e por todo o sacrifício para que o meu caminho fosse mais fácil. Especialmente a minha mãe, Leila, que não poupa esforços para estar presente e ajudar, sem o que este trabalho teria sido possível.

Os meus irmãos, com especial gratidão ao Nando, que é um tio exemplar e inúmeras vezes esteve presente para que eu pudesse me dedicar ao mestrado.

O meu irmão de alma, Daniel, e sua lida família, Renata, Roberto e Gustavo, também sempre presentes.

Os meus grandes e valiosos amigos da magistratura, Luís Felipe Ferrari Bedendi, José Gomes Jardim Neto e Henrique Dada Paiva. Pela convivência diária, pela ajuda nos momentos difíceis e por sempre estarem presentes, incondicionalmente. Agradeço especialmente o Luís Felipe Ferrari Bedendi, cujas ideias e críticas foram fundamentais no desenvolvimento do trabalho.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela honra de ser seu membro e por me proporcionar tanto.

A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos ensinamentos e por todas as oportunidades.

Agradeço, por fim, os meus avós, que ainda sinto muito presentes.

## RESUMO

O trabalho visa analisar a sociedade em conta de participação que mascara contrato de consumo. A sociedade em conta de participação é instituto importante, válido e eficiente, com natureza societária e utilizado em relações paritárias, notadamente investimentos. Os contratos de consumo são negócios jurídicos bilaterais, envolvendo fornecedor e consumidor, sendo que este adquire bens ou serviços como destinatário final. A relação de consumo é naturalmente desequilibrada e o regime consumerista busca reequilibrar a relação obrigacional, partindo da presunção de vulnerabilidade do consumidor. E apesar do direito do consumidor ser composto por normas de sobredireito, com incidência transversal em todos os ramos do direito, há uma incompatibilidade intransponível entre as sociedades em conta de participação e os contratos de consumo. Quando o referido tipo societário for utilizado em relações de consumo a opção caracterizará tentativa de evitar a incidência do sistema consumerista, mais rigoroso, composto por normas de ordem pública e interesse social. Como consequência, o contrato de constituição da sociedade será nulo, pelo objetivo de fraudar a lei imperativa ou em razão da simulação. Mas o reconhecimento da invalidade e o retorno das partes ao estado anterior são insuficientes para a tutela adequada do direito do consumidor. Assim, com amparo no princípio da conservação dos negócios jurídicos e na boa-fé objetiva, propõe-se a continuidade do caminho interpretativo para que o negócio jurídico nulo produza efeitos, especialmente por meio da conversão substancial. Ao final da operação, diante do mesmo suporte fático subsistirá negócio jurídico qualitativamente diverso, que é o contrato de consumo. Em seguida será possível o controle judicial adequado, que é aquele que solucione o litígio com apoio nos princípios e nas normas consumeristas.

**Palavras-chave:** Sociedade em Conta de Participação; Contrato de Consumo; Nulidade; Superação da Invalidade; Conversão Substancial; Tutela Adequada do Direito do Consumidor.

## ABSTRACT

The work aims to analyze the silent partnerships that masks a consumer contract. The silent partnerships is an important, valid and efficient institute, with a corporate nature and used in relations between parts that are equals, notably investments. Consumer contracts are bilateral legal transactions, involving supplier and consumer, that acquire goods or services as the final recipient. The relationship between consumers and sellers/suppliers is naturally unbalanced and the consumer contract law seeks to rebalance the obligatory relationship, starting from the presumption of consumer vulnerability. And although consumer law is made up of rules of over-law, with a transversal impact on all branches of law, there is an insurmountable incompatibility between partnerships and consumer contracts. Whenever the aforementioned corporate type is used in consumer relations, the option will characterize an attempt to avoid the incidence of the more rigorous consumerist system, composed of rules of public order and social interest. Thus, the contract of incorporation of the company will be void, for the purpose of defrauding the mandatory law or due to the simulation. But the recognition of invalidity and the return of the parties to the previous state are insufficient for the adequate protection of consumer rights. Thus, based on the principle of conservation of legal transactions and objective good faith, it is proposed to continue the interpretative path so that the void legal transaction produces effects, especially through substantial conversion. At the end of the operation, given the same factual support, a qualitatively different legal transaction will remain, which is the consumer contract. Then, adequate judicial control will be possible, which is the one that resolves the dispute based on consumerist principles and standards.

**Keywords:** Partnership Account; Consumer Contract; Nullity; Disability Overcoming; Substantial Conversion; Adequate Protection of Consumer Rights.

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. REGIME JURÍDICO EMPRESARIAL E CONSUMERISTA</b> .....	13
2.1. Noções Gerais .....	13
2.2. Regime Jurídico Empresarial .....	14
2.3. Regime jurídico consumerista .....	22
<b>3. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO EMPRESARIAL</b> .....	33
3.1. Sociedades personalizadas e sem personalidade jurídica .....	33
3.2. Conceito e características da sociedade em conta de participação .....	38
3.3. Aplicação prática .....	46
3.3.1. Incorporações imobiliárias .....	47
3.3.2. Pools hoteleiros e flats .....	50
3.3.3. Contratos de Investimento Coletivo .....	52
3.3.4. Outros casos .....	55
3.4. O controle judicial das sociedades em conta de participação .....	55
<b>4. CONTRATOS DE CONSUMO</b> .....	59
4.1. O desequilíbrio natural e o reequilíbrio legal .....	59
4.2. Os contratos no Código de Defesa do Consumidor .....	62
4.3. O regime de invalidades no Código de Defesa do Consumidor .....	69
4.4. O controle judicial dos contratos de consumo .....	76
<b>5. INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS</b> .....	82
5.1. Noções gerais sobre a invalidade do negócio jurídico .....	83
5.2. A vontade declarada e a reserva mental .....	91
5.3. Fraude à lei imperativa .....	94
5.4. Simulação .....	98
5.5. Consequência da invalidade dos negócios jurídicos .....	104
5.6. Superação das invalidades do negócio jurídico .....	106
5.6.1. O princípio da conservação do negócio jurídico .....	107
5.6.2. Convalidação do negócio jurídico .....	110
5.6.3. Redução parcial do negócio jurídico .....	112
5.6.4. Conversão substancial do negócio jurídico .....	113
<b>6. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO QUE MASCARA CONTRATO DE CONSUMO</b> .....	118
6.1. A incompatibilidade entre a sociedade em conta de participação e os contratos de consumo .....	118

<b>6.2. Nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação que mascara verdadeiro contrato de consumo.....</b>	<b>125</b>
<b>6.3. Superação das invalidades.....</b>	<b>128</b>
<b>6.4. O controle judicial adequado.....</b>	<b>138</b>
<b>6.5. Situações práticas.....</b>	<b>141</b>
<b>6.5.1. Incorporação imobiliária.....</b>	<b>142</b>
<b>6.5.2. Contratos de Investimentos Coletivos.....</b>	<b>146</b>
<b>7. ANÁLISE DE PRECEDENTES.....</b>	<b>151</b>
<b>7.1. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>151</b>
<b>7.2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.....</b>	<b>152</b>
<b>7.3. Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....</b>	<b>160</b>
<b>8. CONCLUSÃO.....</b>	<b>173</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>176</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho se propõe a analisar as sociedades em conta de participação que mascaram verdadeiros contratos de consumo. A importância do estudo está relacionada com a incidência cada vez mais recorrente dessa estratégia, que tem o objetivo de evitar a incidência do regime jurídico consumerista e, portanto, coloca os consumidores em situação de especial vulnerabilidade.

Como será demonstrado os institutos que estão no centro do problema proposto têm importante aplicação nas situações para as quais são destinados, que são sensivelmente diversas. A sociedade em conta de participação tem natureza societária, estando sujeita aos princípios e às regras do regime empresarial, que é especialmente marcado pela paridade entre os agentes e pela autonomia privada. Por sua vez os contratos de consumo estão sujeitos ao regime consumerista, composto por normas de ordem pública e interesse social, que está alicerçado no pressuposto de que o consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor, o que justifica o maior controle estatal e o tratamento protetivo, com o objetivo de reequilibrar a relação obrigacional que é naturalmente desequilibrada.

E a incompatibilidade entre os referidos institutos é tamanha que a incidência transversal do Código de Defesa do Consumidor é insuficiente para promover adaptações na sociedade em conta de participação a ponto de possibilitar que o referido tipo societário veicule contratos de consumo. Por exemplo, a sociedade em conta de participação é marcada pelo sigilo, prescindindo do registro de seus atos constitutivos, de forma que, pela perspectiva externa, a sua existência sequer interessa para terceiros. Assim, o instituto tem mais relevância pela perspectiva interna, estabelecendo regras para uma relação de investimento, sendo que a atividade será desempenhada apenas em nome do sócio ostensivo, cabendo ao investidor a expectativa de participar do resultado. Entretanto, o regime consumerista enfatiza a publicidade e a transparência das informações, que são relevantes para o controle estatal e para a proteção do consumidor, que é a parte vulnerável da relação obrigacional e precisa do reequilíbrio das forças por meio da incidência de regras protetivas. Portanto, o sigilo, essencial para a sociedade em conta de participação, seria incompatível com os contratos de consumo, ao mesmo tempo em que a transparência e publicidade, que são fundamentais no sistema consumerista, seriam incompatíveis com o tipo societário em questão.

Mas situações fáticas aparentemente similares podem dar ensejo a diferentes relações jurídicas, que podem ser, por exemplo, um investimento ou de consumo. Tais relações podem ser formalizadas, respectivamente, por meio de uma sociedade em conta de participação ou de

um contrato de consumo. Entretanto, o uso combinado dos institutos, consistente na sociedade em conta de participação ocultando contrato de consumo, causará a invalidade do negócio jurídico.

Um exemplo pode ajudar na concretização da ideia. Uma das situações práticas em que o fenômeno tem sido observado com maior incidência é a venda de unidades autônomas em incorporações imobiliárias. Para angariar recursos, o empreendedor pode obter um financiamento e também pode alienar unidades autônomas. Optando pelo investimento, o negócio poderá ser celebrado por meio da constituição de uma sociedade em conta de participação, situação em que o investidor aportará bens ou valores, a atividade será desempenhada exclusivamente pelo empreendedor e, ao final, haverá a divisão dos resultados, em dinheiro ou até mesmo em unidades autônomas. Entretanto, caso o empreendedor opte pela venda antecipada de unidades autônomas, se o adquirente for o destinatário final, a relação necessariamente será de consumo. Com isso, haverá a incidência transversal de todos os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, que acentuarão as obrigações do fornecedor e a protegerão o consumidor. Ocorre que a venda de unidades autônomas não poderá ocorrer antes do registro do memorial descritivo da incorporação de acordo com a Lei nº. 4.591/64 (BRASIL, 1964, art. 32), o que, entretanto, não é impeditivo para o investimento. Então, valendo-se da aparente similaridade das situações fáticas, o fornecedor descuidado ou malicioso tem utilizado a sociedade em conta de participação para disfarçar contratos de consumo, com o objetivo de evitar a incidência do regime jurídico mais rigoroso.

Diante da incompatibilidade dos institutos e considerando o objetivo de evitar a incidência de normas de ordem pública, o trabalho indicará a necessidade do reconhecimento da nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação, em razão do objetivo de fraudar a lei (BRASIL, 2002, art. 166, VI) ou em razão da simulação (BRASIL, art. 167). Mas, uma vez reconhecida a invalidade do negócio jurídico, a determinação do retorno das partes ao estado anterior (BRASIL, 2002, art. 182) será insuficiente para a tutela adequada dos direitos do consumidor, por caracterizar uma solução puramente civilista para um litígio envolvendo relação de consumo. A solução terá sido encontrada exclusivamente com o uso de um sistema que pressupõe paridade, quando o ordenamento jurídico presume a vulnerabilidade e exige o tratamento desigual para reequilibrar relação obrigacional.

Então, considerando os interesses públicos e sociais envolvidos, por aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos e da boa-fé objetiva, o trabalho indicará a necessidade de continuidade da atividade interpretativa, para que haja a superação da invalidade, de forma que o negócio jurídico nulo possa produzir efeitos de acordo com as justas

expectativas das partes. Tal operação interpretativa ocorrerá por meio da conversão substancial do negócio jurídico, permitindo que o mesmo substrato fático que justificou o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico seja novamente analisado e receba uma qualificação jurídica diversa, agora como contrato de consumo. Portanto, haverá a superação da forma do negócio jurídico nulo (contrato de constituição da sociedade em conta de participação), para que, a partir do seu verdadeiro conteúdo (contrato de consumo), seja possível a readequação quantitativa.

Com isso, restará o contrato de consumo. E diante dele o conflito poderá ser corretamente resolvido no caso concreto, por aplicação dos princípios e das regras do Código de Defesa do Consumidor. E o resultado prático eventualmente até pode vir a ser o mesmo (restituição das partes ao estado anterior), mas a tutela adequada das relações de consumo não pode ser alcançada com a desconsideração do regime consumerista, sob pena de se negar vigência ao Código de Defesa do Consumidor e à própria Constituição Federal.

## 2. REGIME JURÍDICO EMPRESARIAL E CONSUMERISTA

### 2.1. Noções Gerais

Como foi anunciado na introdução, o presente trabalho se propõe ao estudo das sociedades em conta de participação que são usadas para encobrir contratos de consumo. O objetivo por trás do uso desvirtuado do instituto societário é a tentativa de evitar a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Suas normas de ordem pública e interesse social protegem o consumidor, parte presumidamente vulnerável na relação negocial, o que em determinados casos aparenta ser incompatível com os anseios de fornecedores que não estejam dispostos a observar os princípios e as regras inerentes às relações de consumo. Como se verá, em tais situações haverá incompatibilidade entre os institutos, de um lado a sociedade em conta de participação e de outro o contrato de consumo.

De outro modo, é sabido que apesar do Código de Defesa do Consumidor ser lei especial no que toca às relações de consumo, não tipifica ou disciplina as diferentes espécies de contrato, mantendo relação transversal, não vertical, com os demais ramos do direito. A transversalidade significa que seus princípios e suas normas são aplicados aos institutos próprios dos demais ramos do direito, dando-lhes contornos específicos sempre que estiver caracterizada a relação de consumo.

Nesse sentido, de forma ilustrativa, vale fazer referência a interessante ideia extraída da obra de Paula Andreia Forgioni (2020)<sup>1</sup>, ao apontar que a compra e venda de bens móveis era indistintamente disciplinada pelo art. 191 do Código Comercial (BRASIL, 1850), em que pese já fossem notadas diferenças entre os comerciantes e os consumidores. Apenas com a evolução da sociedade e do direito, especialmente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, foi dada a atenção adequada ao consumidor. É exatamente a incidência transversal do regime consumerista que possibilita ajustes na compreensão do contrato de compra e venda (agora disciplinado pelos arts. 481 a 532 do Código Civil (BRASIL, 2002), a partir da noção positivada de que o consumidor é sujeito diferenciado das categorias tradicionais.

---

<sup>1</sup> Como aponta Forgioni (2020): “Embora as diferenças entre compras e vendas celebradas exclusivamente por comerciantes e aquelas das quais participa um consumidor sempre tenham sido notadas pela doutrina, a força atrativa do direito comercial trazia, para si, a disciplina do varejo. Nesse sentido, era a interpretação dominante do art. 191 do Código Comercial, que tipificava como mercantil a compra e venda “de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso [...] contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor” fosse “comerciante”, Consumidores - esclarece Antônio Herman Benjamin - sempre existiram. “Apenas o Direito [...] não tinha uma percepção clara de sua moldura, como sujeito diferenciado de categorias tradicionais. A preocupação com a parte vulnerável da relação, com o ser humano sujeito ao poder da empresa, não se desenvolveu com a mesma velocidade da economia de massa”

Então por que o Código de Defesa do Consumidor não poderia incidir transversalmente no direito societário para adaptar a sociedade em conta de participação às relações de consumo? Seria possível a compatibilização dos institutos?

As respostas são negativas, em que pese as referidas perguntas se façam presentes por todo o trabalho. E o começo do caminho para sustentar a incompatibilidade dos institutos está na análise da principiologia própria dos diferentes regimes jurídicos, considerando que a sociedade em conta de participação é instituto de direito empresarial, enquanto o contrato de consumo é instituto de direito do consumidor.

Princípios são as ideias centrais de cada sistema, sendo responsáveis por sua lógica, harmonia e maneira própria de organização, indica Carlos Ari Sundfeld (2002). A identificação dos princípios possibilita a compreensão global de cada sistema, além de permitir a correta diferenciação em relação aos demais sistemas.

Seguindo a mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) afirma que o regime de cada disciplina jurídica é composto pelo conjunto dos princípios que lhes são próprios, responsáveis por estabelecer os seus contornos peculiares, diferenciando-os dos demais sistemas. Ou seja, todos os institutos “...articulam-se, gravitam, equilibram-se, em função da racionalidade própria deste sistema específico, segundo as peculiaridades que delineiam o regime (...) dando-lhe tipicidade em relação a outros” (MELLO,2015).

É fundamental identificar a racionalidade própria do regime jurídico empresarial para que se possa compreender de maneira adequada a sociedade em conta de participação. Da mesma forma que é importante identificar a racionalidade própria do regime jurídico consumerista para que se possa compreender o contrato de consumo. O mesmo caminho possibilitará a correta delimitação dos contornos de cada um dos sistemas, inclusive com suas diferenças marcantes. E a diferenciação dos regimes mostrará que o contrato de consumo não poderá gravitar de acordo com a racionalidade empresarial, assim como a sociedade em conta de participação não poderá ser equilibrada em função da racionalidade consumerista.

Portanto, a delimitação de cada um dos regimes jurídicos, com a identificação da principiologia que lhes é própria, possibilitará a interpretação adequada dos institutos que estão no centro deste estudo (sociedade em conta de participação e contratos de consumo), assim como a demonstração da sua incompatibilidade.

## **2.2. Regime Jurídico Empresarial**

O regime jurídico empresarial é especialmente informado pelo art. 1º, III, e pelo art. 170, caput e IV, da Constituição Federal de 1988, segundo os quais a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica, assim como a livre concorrência é princípio da ordem econômica (BRASIL, 1988, art. 1º; art.170). A liberdade para iniciativa e concorrência dão a tônica ao sistema empresarial. Como consequência, considerando o recorte específico do sistema empresarial, deve haver maior ênfase à liberdade das partes. Neste contexto a vontade é ampla fonte geradora de obrigações, com a menor possibilidade de intervenção estatal para limitar ou estabelecer os contornos das relações negociais.

Segundo Forgioni (2020 p. 285) se “os princípios constitucionais são a fôrma que primeiramente moldará o mercado”, há de se compreender que o direito mercantil não se presta à proteção de agentes econômicos singularmente considerados. E sim à proteção do próprio mercado e do tráfico mercantil, inclusive em nome do desenvolvimento social.

De acordo Rubens Requião (2005), “[o] direito comercial pode ser considerado o direito que regula as relações decorrentes das atividades comerciais”<sup>2</sup>. Significa a disciplina das obrigações entre empresários, agentes presumidamente qualificados e conhecedores dos negócios que celebram.

Nas relações jurídicas empresariais, há presunção de paridade entre os empresários, assim como há presunção da efetiva compreensão dos pactos que são celebrados. Este fato possibilita a manifestação verdadeiramente consciente da vontade no sentido de contrair direitos e assumir obrigações. Não há espaço para desequilíbrios presumidos e para a intervenção estatal em favor de uma das partes. Os fatores estão disponíveis para serem considerados nos cálculos empresariais, de forma que a maior eficiência ou ineficiência de cada agente influenciará diretamente no seu sucesso ou insucesso.

Apesar da inegável relevância da perspectiva social do Direito, a prosperidade da sociedade pressupõe a eficiência do mercado. E o desenvolvimento do mercado pressupõe a

---

<sup>2</sup> Segundo Rubens Requião (2005, p. 29), ao tratar do “espírito do direito comercial”, as seguintes peculiaridades o diferenciam dos demais ramos do direito: cosmopolitismo, individualismo, onerosidade, informalismo, fragmentarismo e solidariedade presumida. Cosmopolitismo é decorrência de que os comerciantes em todo o mundo têm como objetivo comum a persecução do lucro, de forma que as delimitações geográficas e jurídicas de cada Estado não são aplicáveis de forma absoluta. O individualismo está relacionado com a busca por um interesse individual, que é a obtenção do lucro. A onerosidade está relacionada com a presunção de que a atividade comercial é onerosa, o que está relacionado com o ideal de persecução do lucro. O informalismo está relacionado com as peculiaridades das relações comerciais, nas quais a rapidez da contratação é elemento essencial, o que forçou a superação do formalismo. O fragmentarismo corresponde à constatação de que o direito comercial não é um sistema coeso, mas um complexo de normas com lacunas. A solidariedade presumida está relacionada com a necessidade de se conferir segurança na circulação do crédito, em razão da velocidade das operações, o que tradicionalmente torna mais comum que os negócios jurídicos comerciais envolvam a a responsabilidade solidária dos agentes”.

geração de riquezas pela iniciativa privada. Assim, impõe ao Estado a obrigação de propiciar a existência de um ambiente satisfatoriamente livre, previsível e seguro, possibilitando que empresários estejam dispostos a investir capital e desenvolver atividades econômicas, sempre visando o lucro.

Forgioni (2019) aponta que a função do direito comercial é a implementação de políticas públicas, considerando o papel da alocação de recursos em sociedade. Nesse sentido, não se presta a socorrer os empresários individualmente, mas o próprio funcionamento do mercado, situação em que o interesse da empresa apenas é protegido por implicar no bem do tráfico mercantil. Logo, o direito comercial se preocupa com as relações mercantis e, portanto, com o mercado, o que é socialmente relevante na medida em que “as vigas-mestras da ordem econômica também são importantes para o desenvolvimento social” (FORGIONI, 2020, p.286).

Nesse contexto, a atividade empresarial e, portanto, o mercado, estão sujeitos a uma lógica própria, regida por uma principiologia específica. São as ideias e os valores centrais do regime empresarial, responsáveis por sua harmonia e organização. Sua identificação possibilita a compreensão dos contornos do sistema, assim como permite que os institutos sejam corretamente aplicados, por gravitarem de acordo com a racionalidade que é própria do direito empresarial.

O professor Fábio Ulhoa Coelho (2018), em seu livro, classifica os princípios do direito comercial pelos critérios de hierarquia, abrangência ou positividade. De acordo com a hierarquia, os princípios são constitucionais, como a livre iniciativa, ou têm previsão, como a inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, no regime cambiário. Pela abrangência, os princípios podem ser comuns, quando aplicáveis a todas as relações jurídicas empresariais, como a liberdade de competição, ou específicos, quando destinados a um extrato do direito empresarial, como o princípio da cartularidade que é próprio dos títulos de crédito. Já pela positividade, os princípios podem ser explícitos, quando previstos expressamente no ordenamento jurídico, como o princípio da celeridade e economia processual da falência, ou implícitos, quando são inferidos, como a função social da empresa.

O referido professor, Coelho (2018), identifica cinco princípios centrais do regime jurídico empresarial, responsáveis pela sua delimitação: (i) liberdade de iniciativa; (ii) livre concorrência; (iii) função social da empresa; (iv) preservação da empresa; e (v) legalidade e a exploração da atividade empresarial.

Passa-se à breve análise dos referidos princípios.

O **princípio da liberdade de iniciativa** é a espinha dorsal do regime jurídico empresarial, estando diretamente relacionado com o modo de produção capitalista. Ou seja, “...é elemento

essencial do capitalismo; quero dizer, do próprio modo de produção e não somente de sua ideologia” (COELHO,2018). O sistema capitalista<sup>3</sup> pressupõe a eficiência do mercado e o estímulo à iniciativa privada. Ou seja, “[n]o modo de produção capitalista, o direito instrumenta o desenvolvimento das relações de mercado” (FORGIONI,2020, p.283).

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2022), “(...) *livre-iniciativa* significa possibilidade de os sujeitos determinarem, sem ser obstados, as quantidades e qualidades de bens desejados, bem como entrar e sair a seu talante do mercado”.

Por sua vez, como aponta Maria Conceição Martins Ferreira (2018), “a liberdade de iniciativa não se identifica apenas com a liberdade de empresa”, sendo que o “seu exercício envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar preços ou mesmo a forçar sua renda em condições que não sejam os resultantes do mercado”.

Já na visão de Marina Zava de Faria, “(...) a liberdade de iniciativa é elemento essencial do capitalismo, do modo de produção e também de sua ideologia”, de forma que “(...) o capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada”. Nesse sentido, a autora afirma que “(...) princípio assegura a toda e qualquer pessoa o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Se a atividade econômica em regra não é desempenhada pelo Estado, a geração de riquezas cabe à iniciativa privada, que, portanto, deve ser estimulada. E o estímulo à atuação empresarial pressupõe a existência de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa se é assegurada. O empresário não deixa de ser um indivíduo que assume riscos e aloca parte do seu patrimônio para o desempenho da atividade empresária, sendo que tais opções devem ter como contrapartida a segurança e previsibilidade em relação ao ambiente em que os negócios são realizados. Assim, aponta Forgioni (2020, p.287), a livre iniciativa tem o papel central de garantir o acesso e a permanência dos agentes econômicos ao mercado, tratando-se de uma viga mestra limitada pela legalidade.

Por uma perspectiva publicista, a liberdade de iniciativa corresponde à existência de limites para a intervenção do Estado na economia, possibilitando o ambiente necessário para a atuação livre e competitiva dos particulares. A liberdade do empresário tem como contrapartida

---

<sup>3</sup> Segundo Coelho (2018), “[o] capitalismo é, assim, um sistema de crises periódicas e injustiças permanentes. Mas enquanto for o modo de produção predominante, será proveitoso para todos que ele possa funcionar da maneira mais eficiente possível. Daí a importância de a ordem jurídica assegurar a liberdade de iniciativa”.

a obrigação de não intervenção do Estado, salvo nas hipóteses excecionalmente estabelecidas ou nos termos da lei.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 819), como decorrência da livre iniciativa, a administração pública não detém o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica ou de fixar o montante da produção ou comercialização. De forma que “...o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada” (MELLO, 2015, p.819).

Por sua vez, de acordo com a vertente privada, a liberdade de iniciativa é garantia de que os empresários poderão efetivamente atuar no mercado, ao mesmo tempo em que representa a limitação do comportamento dos demais agentes, coibindo práticas consideradas desleais. Os agentes econômicos devem ter liberdade para atuar no mercado e para competir<sup>4</sup>.

A livre iniciativa representa, ao mesmo tempo, a garantia de que o Estado não intervirá excessivamente no mercado. Assim como, a garantia da existência de um ambiente em que os empresários poderão atuar livremente, desempenhando atividade econômica lucrativa, protegidos em relação aos elementos de sua empresa, bem como em relação ao comportamento nocivo dos seus concorrentes.

Não obstante, é importante salientar que “(...) a liberdade para o exercício de qualquer atividade econômica será legítima se, e à medida que voltada ao atingimento da justiça social” (FERREIRA, 1998), de forma que deverá ser exercida observando as limitações impostas pelos demais princípios constitucionais, previstos, inclusive, no próprio art. 170 da CF.

Por fim, em que pese a importância da liberdade de iniciativa para a eficiência do mercado e, portanto, para o desenvolvimento social, é importante ressaltar que a ordem constitucional brasileira exige o equilíbrio entre o modo de produção capitalista e a justiça social, limitando a abrangência e os efeitos da livre iniciativa.

Fábio Ulhoa Coelho (2018) afirma que:

Quando conflitarem, de um lado, os interesses individuais dos empresários voltados à obtenção de lucro e, de outro, os metaindividuais, que se espalham pela sociedade, não há a menor dúvida de que estes últimos devem sempre prevalecer. É assim que determina a Constituição Federal, ao mitigar a liberdade de iniciativa, associando-a com outros valores na estruturação da ordem econômica. Quer dizer, talvez um empresário tivesse seus lucros acentuadamente elevados se ignorasse qualquer cautela

---

<sup>4</sup> Segundo Forgioni (2019, p. 290): “A disputa é essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. A empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros”.

com a questão ambiental. Nesse caso, há nítido conflito entre o interesse individual dele (maiores lucros) e o partilhado por toda a sociedade (preservação do meio ambiente). Claro, o interesse individual e egoísta do empresário não pode ser, e não será minimamente protegido pela ordem jurídica, enquanto não se compatibilizar com o de todos relacionado à sustentabilidade ambiental.

Por sua vez, o **princípio da livre concorrência** é desdobramento da livre iniciativa, garantindo ao empresário a possibilidade de atuar livremente no mercado, sem que seja prejudicado em razão de práticas empresariais predatórias. Por mais que a concorrência possa gerar prejuízos ao empresário, é desejada e estimulada pelo sistema jurídico, como meio de tornar as atividades econômicas mais eficientes. Contudo, o direito de concorrer não pode ser exercido a qualquer custo, de forma que a concorrência deve ser lícita.

Como aponta Ferreira (1998), “(...) a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista, pois assegura, a cada indivíduo ou empresa, a oportunidade de participar da atividade econômica do país e, conseqüentemente, de seu desenvolvimento”. A autora ainda aponta que a livre concorrência associada à livre iniciativa “(...) faz transparecer a sólida lei da economia política: a da oferta e da procura”, de forma que “(...) a fixação dos preços das mercadorias e serviços, não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”.

Mas como aponta Celso Ribeiro Bastos (1995), nem toda forma de competição é lícita, de forma que “(...) embora o caráter da competitividade seja ínsito ao da livre concorrência, não se pode ignorar que esta expressão implica em certas limitações que, se não observadas, conduzirão à própria desintegração do mercado”.

Segundo Coelho (2018), a concorrência será considerada ilícita em duas situações distintas: (i) quando “implicam risco ao regular funcionamento da economia de livre mercado, e são coibidas como infração à ordem econômica”; ou (ii) quando os efeitos das práticas anticoncorrenciais estão limitados “à lesão dos interesses individuais dos empresários diretamente envolvidos, e configuram concorrência desleal”. Em ambos os casos, o comportamento ilícito de determinados agentes, com conseqüências nocivas para todo o mercado ou para concorrentes específicos, é obstáculo para que a concorrência possa ser realizada de forma verdadeiramente livre.

E segundo Ferraz Júnior (2022):

(...) a chamada livre concorrência seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam igualmente e efetivamente livres. Nesses termos, para sustentar a livre-iniciativa em um livre mercado é preciso levar em conta as diferenças fáticas entre as capacidades competitivas dos concorrentes, de modo a evitar que o *discrimen* afete de modo proporcionalmente excessivo.

Neste ponto, vale transcrever o seguinte trecho de artigo escrito por Maurício de Moura Costa (1998):

Com efeito, se o princípio de livre concorrência consagra o livre jogo da concorrência, a liberdade de atrair a clientela não passa de uma das facetas da livre concorrência. Certo, a empresa deve permanecer livre para empregar os meios que ela julga próprios para atrair a clientela. Mas, para que a lógica concorrencial possa funcionar corretamente, é necessário igualmente que a clientela seja livre para poder responder aos esforços concorrenciais da empresa. À liberdade de ação dos agentes econômicos (liberdade que compreende a possibilidade de usar os meios concorrenciais disponíveis), soma-se a liberdade de escolha que devem ter os consumidores e utilizadores dos produtos oferecidos. E ainda, não é suficiente proteger a concorrência atual; o acesso de novos concorrentes ao mercado deve também ser livre. Livre ação dos agentes econômicos, livre acesso ao mercado e livre escolha pelos consumidores e utilizadores, tais são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, um mercado onde a concorrência joga livremente. Ou seja, tais são as três liberdades visadas pelo princípio de livre concorrência.

Por outra perspectiva, a livre concorrência também implica na impossibilidade de favorecimento aos empresários menos eficientes, o que comprometeria o equilíbrio natural do mercado. Uma vez que “[a] regra básica da competição empresarial, que decorre do princípio constitucional da livre concorrência, implica a premiação das decisões empresarialmente “acertadas” (com o lucro) e a penalização das “equivocadas” (COELHO, 2018), com o prejuízo, ou, se o caso, a falência. Sendo que “[e]sta regra básica não pode ser neutralizada por nenhuma norma jurídica, para que todos possam se beneficiar dos resultados esperados da livre concorrência: melhoria da qualidade e redução dos preços de produtos e serviços” (COELHO, 2018).

Portanto, a livre concorrência garante ao empresário a possibilidade de concorrer livremente no mercado, sem ser prejudicado pelo comportamento ilícito de outros concorrentes, tendo a certeza de que o sucesso ou insucesso de sua atividade, assim como o sucesso ou o insucesso dos seus concorrentes, dependerá apenas do seu nível de eficiência.

**O princípio da função social da empresa**, extraído do art. 5º, XXIII, e do art. 170, III, da Constituição Federal, tem como conteúdo o ideal de que os bens de produção cumpram a sua função social (BRASIL, 1988). Nesse sentido, partindo da perspectiva de que a função do direito comercial é implementar políticas públicas para a alocação de recursos em sociedade, os bens de produção não podem ser destinados apenas à concretização dos interesses individuais dos agentes econômicos. Ou seja, a empresa, como atividade, apenas pode ser protegida em nome do mercado e do fluxo mercantil, em prol do desenvolvimento social.

Logo, além da impossibilidade de concentração excessiva dos bens de produção, sua organização pelo empresário deve ter como norte a necessidade de que a atividade empresária

seja desenvolvida em harmonia com os demais valores constitucionais. Portanto, “[c]umpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores” (COELHO, 2018).

Por sua vez, o **princípio da preservação da empresa** visa a proteção da atividade econômica, eis que os interesses envolvidos transcendem o empresário. Ao se preservar a atividade econômica, o sistema garante a preservação de outros valores socialmente relevantes, tais como os interesses dos trabalhadores e dos consumidores.

Segundo Ricardo Negrão (2017, p. 154) ao tratar da recuperação judicial, das normas constitucionais recorre o objetivo da tutela recuperatória, que é “(...) atender à preservação da empresa, mantendo, sempre que possível, a dinâmica empresarial, em seus três aspectos fundamentais: fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesse dos credores”.

Por sua vez, Marcelo Barbosa Sacramone (2018, p.190) aponta que a empresa é preponderantemente caracterizada no direito brasileiro em seu perfil funcional, como atividade. Nesse sentido, a preservação da empresa visa conciliar diversos interesses afeados com o seu desenvolvimento, destacando que:

como fonte geradora de bem-estar, a função social da atividade empresarial é justamente se desenvolver e circular riquezas, de modo a permitir a distribuição de dividendos a sócios, mas também de promover a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumentar a concorrência entre os agentes econômicos, gerar a oferta de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico nacional” (SACRAMONE, 2018, p.190).

Sobre a preservação da empresa, vale transcrever trecho de artigo escrito por Renata Marques Lima Dantas (2013):

A função social da empresa, apesar de ter sido expressamente prevista apenas na Lei de Falências e Recuperação de Empresas, já tinha o seu fundamento tanto no Código Civil (LGL\2002\400) quanto na Constituição Federal (LGL\1988\3), decorrentes da função social da propriedade (como elemento estático) e da função social do contrato (em seu aspecto dinâmico) o que implica atentar para que o estabelecimento empresarial é composto primordialmente de relações contratuais as quais ainda que não outorguem o título de propriedade compõem o patrimônio da sociedade empresária.

Assim, compreende-se que a Lei de Falências e Recuperação de Empresas deve ter como vetor orientador de sua interpretação e aplicação os princípios da função social da empresa e a sua preservação sempre que possível a fim de concretizar os benefícios que a atividade empresarial traz para a coletividade.

Por último, em relação ao **princípio da legalidade e a exploração da atividade empresarial**, Coelho (2018) destaca que: “o princípio da legalidade cumpre a função de nortear

os cálculos dos empresários, na organização de sua empresa privada, em especial na fixação dos preços dos produtos ou serviços oferecidos ao mercado”. Assim, o empresário terá a certeza de que suas ações e omissões terão as consequências esperadas, observando os limites estabelecido pela lei.

### 2.3. Regime jurídico consumerista

Marques (2022, p. 30) disserta que: “[o] chamado direito do consumidor é um ramo novo do direito, disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante”.

Para Cavalieri Filho (2022), a transversalidade do direito do consumidor está relacionada com a sua aplicabilidade aos demais ramos do direito, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial no que toca às relações de consumo. Não estabelece sistema obrigacional próprio, mas um sistema aberto, baseado em princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, aplicável a todos os ramos do direito em que haja relações de consumo. Por outras palavras, é uma “sobre-estrutura multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo” (CARVALIERI FILHO, 2022, p.15).

No ordenamento jurídico, sua fonte é a própria Constituição Federal, de forma que a defesa do consumidor deve ser compreendida como obrigação do Estado e direito fundamental, art. 5º, XXXII, ao mesmo tempo em que é princípio da ordem econômica, art. 170, V (BRASIL, 1988, art.5º; art.170). E a relevância da proteção do consumidor justificou a imposição da obrigação do legislador elaborar com agilidade o Código de Defesa do Consumidor, o que foi cumprido com o advento da Lei n. 8.078/90. (BRASIL, 1990, art. 48 do ADCT)

Cláudia Lima Marques (2022, p.30) conceitua o direito do consumidor da seguinte forma:

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art.5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária "defesa" do sujeito de direitos “consumidor” (art. 170 da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V-defesa do consumidor; (...)”); e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Assim, é possível afirmar a existência de um princípio constitucional da proteção do consumidor. Este, tem eficácia irradiante e funciona como valioso padrão hermenêutico, potencializando os princípios do Código de Defesa do Consumidor (CARVALIERI FILHO, 2022, p.18).

Se não bastasse a importância atribuída pela Constituição Federal à defesa do consumidor, é significativo o fato da questão ter sido expressamente tratada nos art. 5º e 170, evidenciando que a proteção do consumidor não pode ser compreendida apenas pela perspectiva do consumidor como sujeito da relação de consumo, sendo necessário que também seja compreendida pela perspectiva do mercado. A Constituição Federal não apenas reconhece que a defesa do consumidor é direito fundamental do indivíduo, como vai além para tratá-la como fundamento da ordem econômica (BRASIL, 1988). Na mesma medida, o direito do consumidor é protetivo da parte vulnerável na relação obrigacional e do próprio mercado.

Pela perspectiva infraconstitucional, de forma geral, os princípios que informam o regime jurídico consumerista constam do art. 4º da Lei n. 8.078/90, que contém norma principiológica, norteadora da interpretação do Código de Defesa do Consumido e de todo o microsistema dos direitos transindividuais<sup>5</sup>.

Ao analisar a referida norma, Marques, Benjamin, Miragem (2021, p. 64) elencam os princípios do regime jurídico consumerista: (i) princípio da vulnerabilidade; (ii) princípio da proteção da confiança do consumidor; (iii) princípio da defesa do consumidor pelo Estado; (iv) princípio da boa-fé objetiva; (v) princípio do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (vi) princípio da informação educação; (vii) princípio do combate ao abuso.

O **princípio da vulnerabilidade**, é a espinha dorsal do sistema de proteção do consumidor, o que tem por pressuposto o reconhecimento da desigualdade entre fornecedor e consumidor. A aceitação da desigualdade permanente é o ponto de partida para que se busque a igualdade substancial. Trata-se de princípio estruturante, uma vez que a vulnerabilidade constitui traço universal de todos os consumidores, independentemente de suas características pessoais (CARVALIERI FILHO, 2022, p.60).

---

<sup>5</sup> Segundo Marques *et al.* (2021, p. 221): “[o] art. 4º do CDC comprovou-se ser durante esses primeiros 20 anos da Lei 8.078/90 um dos seus mais importantes artigos, uma norma principiológica que estabelece os rumos, as bases, e os princípios do CDC”.

Uma vez que a vulnerabilidade do consumidor é fator constante nas relações de consumo, é necessária a aplicação de regras que protegem a parte mais fraca, sendo esta “...a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa” (MARQUES *et al.*, 2021, p. 223). Ou seja, a vulnerabilidade é pressuposto nas relações de consumo, possibilitando que as normas sejam aplicadas no sentido de fortalecer a posição do consumidor, para equipará-lo ao fornecedor.

Segundo a doutrina especializada, há três espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica decorre da falta de conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, assim como acerca dos atributos específicos de determinado produto ou serviço (CARVALIERI FILHO, 2022, p.62). Está relacionada com a falta de conhecimentos específicos sobre o objeto do contrato, o que possibilita que o consumidor seja mais facilmente enganado sobre as características e funcionalidades do produto ou do serviço. Tal vulnerabilidade é presumida em relação ao consumidor não profissional, podendo excepcionalmente ser aplicada em favor do consumidor profissional, considerando as especificidades do caso concreto (MARQUES *et al.*, 2021).

Por sua vez, a vulnerabilidade fática, é consequência da diferença natural entre a capacidade econômica e social do consumidor em comparação com o fornecedor (CARVALIERI FILHO, 2022, p.67). Em outras palavras, considera-se a diferença entre as forças intelectuais e econômicas da relação entre consumidor e fornecedor, o que está presente em todas as relações de consumo. Tal vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoas físicas. Entretanto, sendo invertida em relação ao consumidor profissional (MARQUES *et al.*, 2021, p. 224).

Em relação à vulnerabilidade jurídica ou científica, é considerada a falta de informação acerca dos direitos do consumidor, assim como é considerada a maior dificuldade para o acesso à justiça (CARVALIERI FILHO, 2022, p. 62). Leva-se em conta a falta de conhecimentos jurídicos e específicos, por exemplo de contabilidade, sendo um obstáculo para a equivalência entre consumidor e fornecedor. Tal vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoas físicas, sendo, entretanto, invertida em relação ao consumidor profissional (MARQUES *et al.*, 2021, p. 224).

Destaca-se ainda, a hipervulnerabilidade, que milita em favor do consumidor que seja criança ou idoso, assim como do doente ou daquele com necessidades especiais.

Portanto, independentemente das características pessoais de cada indivíduo, o consumidor sempre será considerado vulnerável nas relações de consumo. Trata-se de

pressuposto do regime consumerista, funcionando como fator norteador da interpretação das normas e negócios jurídicos.

O **princípio da proteção da confiança do consumidor** está relacionado com as diretrizes de transparência e harmonia nas relações de consumo, abrangendo a confiança nos vínculos contratuais e a necessidade de se garantir o equilíbrio do contrato de consumo. É uma irradiação normativa da boa-fé objetiva, a confiança representa a valorização dos pactos celebrados e o respeito às justas expectativas. Denota a exigência de um olhar para a posição do outro, ultrapassando a visão individualista dos próprios interesses.

Ao apontar que a confiança prestigia as legítimas expectativas dos contratantes, Sérgio Cavalieri Filho (2022, p. 58) indica que uma de suas implicações práticas é a vinculação da oferta, tal como estabelecido no art. 30 do CDC (BRASIL, 1990). A ideia por trás da afirmação é o reconhecimento de que as promessas realizadas pelo fornecedor geram expectativas no consumidor, que são fonte de obrigações e integram contrato. É a confiança de que a oferta será cumprida, por ter gerado legítima expectativa no consumidor.

Por sua vez, segundo Marques *et al.* (2021, p.222), o princípio deve compreendido em dois aspectos. Por um lado, a proteção da confiança diz respeito ao próprio vínculo contratual e ao equilíbrio entre as obrigações e os deveres de cada uma das partes, o que tem especial reflexo na invalidação de cláusulas contratuais abusivas. Por outro, a proteção da confiança está relacionada com o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, em especial a adequação do produto e do serviço, como forma de se evitar riscos e prejuízos.

Deste modo, o princípio da proteção da confiança enfatiza a necessidade de cumprimento das obrigações assumidas, o que ultrapassa os limites formais do instrumento contratual, alcançando as justas expectativas geradas no consumidor.

O **princípio da defesa do consumidor pelo Estado**, pode ser extraído dos incisos II e VIII, do art. 4º, do CDC, estabelece a necessidade de controle administrativo do sistema que envolve as relações de consumo, o que deve ser realizado por diferentes instituições e órgãos do Estado, assim como de associações civis. Uma vez que o consumidor é vulnerável e sua proteção é exigência constitucional, deve haver o controle das práticas e atividades relacionadas ao consumo.

Segundo Arruda Alvim *et al.* (1995, p. 46), o princípio, que denominam de “princípio do dever governamental”, pode ser visto por dois prismas. O primeiro, diz respeito à “responsabilidade atribuída ao Estado, enquanto ente máximo organizador da sociedade (inserido aí o poder de polícia), em prover o consumidor dos mecanismos suficientes que propiciem efetiva proteção ao mesmo”, o que deve ocorrer por iniciativa direta do Estado e pelo

estímulo às entidades representativas dos consumidores e fornecedores. O segundo diz respeito ao “dever próprio do Estado de promover incessantemente a "racionalização e melhoria dos serviços públicos” (art.4º, VIII), já aqui surgindo o Estado-fornecedor, e sua responsabilidade como tal”.

Nesse sentido, ressaltam Marques *et al.* (2021, p.227):

A Constituição Federal de 1988, ao regular os direitos e garantias fundamentais no Brasil estabelece em seu art.5º, XXXII, a obrigatoriedade da promoção pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) da defesa do consumidor. Igualmente, consciente da função limitadora desta garantia perante o regime liberal-capitalista da economia, estabeleceu o legislador constitucional a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia de vontade (art.170, V).

Ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado, criou a Constituição uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo em última análise uma interpretação relativizada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou estaríamos ignorando o texto constitucional.

Cabe ao Estado, e às entidades civis que o auxiliam, promover a efetiva proteção do consumidor. Por meio da fiscalização das práticas relacionadas às relações de consumo, assim como da eficiência dos serviços públicos prestados.

A **boa-fé objetiva** é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor (MARQUES *et al.*, 2021, p. 228), consistindo em verdadeiro parâmetro objetivo para o comportamento das partes. Por meio da boa-fé objetiva, sem a análise sobre elementos internos, exige-se que as partes se comportem de forma lícita, não apenas de acordo com as obrigações expressamente assumidas, mas no sentido de respeitar as justas expectativas geradas pela oferta, pelas negociações e das vontades manifestadas. É a crença efetiva no comportamento alheio, materializando a confiança na contraparte.

Segundo Miguel Reale (2005, p. 247), “a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências”. Pela faceta objetiva, representa uma exigência de lealdade, estabelecendo modelo objetivo de conduta, caracterizado por um poder-dever e pela necessidade de cada parte ajustar sua conduta.

Tradicionalmente a boa-fé era empregada no ordenamento jurídico brasileiro em sua acepção subjetiva (MARTINS-COSTA, 2000, p.411)<sup>6</sup>, que não corresponde a um princípio,

---

<sup>6</sup> Segundo Martins-Costa (2000, p.411): “A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento

mas diz respeito a um estado psicológico e está relacionada com a consciência ou crença da inexistência de vícios, assim como na exigência do comportamento sem malícia. É o que se observa no Código Civil de 1916, por exemplo, no art. 490, que conceitua a posse de boa-fé como sendo aquela em que “...o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede da aquisição da coisa, ou do direito possuído”, ou nos arts. 550 e 551, que estabeleciam prazos diferenciados para a aquisição da propriedade por usucapião, caso o agente tivesse ou não boa-fé.

Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), o Código de Defesa do Consumidor inovou ao utilizar a boa-fé com significação moderna e objetiva<sup>7</sup>, indicando valores éticos ínsitos à sociedade, promovendo função sistematizadora do ordenamento. Trata-se do princípio da boa-fé objetiva, sem vinculação com o íntimo dos agentes, mas com a exigência de uma ética negocial, estabelecendo padrões de conduta para a vida em sociedade, o que possibilita a confiança na conduta do outro. Como consequência do comportamento ético e da confiança na outra parte, não se vislumbram apenas deveres negativos, como ocorre com a boa-fé subjetiva, mas deveres positivos, no sentido de agir de acordo com o esperado.

Atualmente, a boa-fé objetiva também está expressamente prevista no Código Civil de 2002, sendo possível identificar duas principais referências ao princípio (BRASIL, 2002). No art. 113, há exigência de que os negócios sejam interpretados conforme a boa-fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração. Já pelo art. 422, exige-se que os contratantes observem os princípios da probidade e boa-fé na conclusão e na execução do contrato (BRASIL, 2002).

A boa-fé objetiva é elemento interpretativo e criador de obrigações nos negócios jurídicos, e tem como pressupostos: (i) a existência de uma relação jurídica que vincule duas pessoas e estabeleça deveres mútuos de conduta; (ii) a existência de padrões de comportamento

---

putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado”

<sup>7</sup> Segundo Martins-Costa (2000, p.412): “Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um “princípio geral” ou como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada-mais propriamente constitui um modelo jurídico - na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, “denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico”.

exigíveis; (iii) a reunião de condições suficientes para ensejar um estado de confiança na outra parte (ROSENVALD FILHO, 2015, p.437).

Segundo Judith Martins-Costa (2000, p.427), a boa-fé objetiva tem três funções destacadas: hermenêutico-integrativa, criação de deveres jurídicos e limitação do exercício de direitos subjetivos. De acordo com a função hermenêutico-integrativa, a boa-fé atua como um “kanon hábil ao preenchimento de lacunas”, que deverá ser utilizado diante de todos os eventos e situações fenomênico e jurídicos que não foram previstos. De acordo com a função de criação de deveres jurídicos <sup>8</sup>, a boa-fé é fonte de deveres instrumentais ou laterais<sup>9</sup>, que não têm origem na declaração negocial ou na autonomia privada, mas encontram fundamento na própria boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, 2000, p.408). São deveres que atuam de forma autônoma em relação à obrigação principal, tendo caráter “avoluntarístico”, abarcando deveres de cooperação e proteção dos interesses recíprocos, estando relacionados com a “...satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente” (MARTINS-COSTA, 2000, p.440). Em relação à função de limitação do exercício de direitos subjetivos, diretamente relacionada com a proteção da confiança da contraparte, a boa-fé “não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida” (MARTINS-COSTA, 2000, p.457).

Tratando do mesmo tema, mas relacionado com o direito do consumidor, Rosenveld Filho (2015, p. 51-57) destaca que pela função criadora ou integrativa, o princípio é fonte de deveres anexos ou acessórios, presentes em todas as relações de consumo, indo além da obrigação principal. Assim, os contratantes não estão obrigados apenas ao cumprimento da obrigação principal, mas devem se comportar no sentido de garantir o cumprimento do contrato, com um olhar para a outra parte, agindo com ética probidade, na fase pré-contratual, durante a execução e na fase pós contratual. Pela função interpretativa, o princípio deve ser compreendido como paradigma interpretativo a ser usado pelo juiz, proibindo interpretações que levem a um resultado malicioso ou que prejudiquem uma das partes. Pela função de controle, o princípio

---

<sup>8</sup> Segundo Martins-Costa (2000, p. 437), em cada relação contratual são alocados certos deveres de prestação, que são divididos em principais ou anexos. Os deveres principais ou primários de prestação são aqueles que integram o núcleo da relação obrigacional e definem o tipo contratual. Os secundários, laterais ou anexos subdividem-se em duas espécies: podem ser meramente acessórios da obrigação principal, quando destinados a assegurar a preparar o cumprimento ou a assegurar a prestação principal; também podem ser de prestação autônoma, quando sucedâneos, coexistentes ou autônomos em relação à obrigação principal.

<sup>9</sup> Martins-Costa (2000, p. 408) aponta as expressões “deveres instrumentais”, “deveres funcionais”, “deveres laterais”, “deveres anexos”, deveres de proteção e colaboração”.

representa limitação ao exercício dos direitos subjetivos, vedando comportamento que possam ser considerados abusivos e estabelecendo verdadeiro padrão ético de confiança e lealdade.

O princípio da boa-fé objetiva, desvinculado de elementos internos, estabelece padrões objetivos de conduta, que levam os agentes a ajustar sua conduta no sentido de respeitar as justas expectativas geradas. É a exigência de um comportamento ético e colaborativo para além das obrigações expressamente previstas no instrumento, abrangendo a fase pré-contratual, a execução do contrato e a fase pós contratual.

**O princípio do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**, possibilita o afastamento de obrigações contratuais geradoras de desigualdades em detrimento do consumidor, para evitar a existência de vantagens unilaterais ou exageradas ao fornecedor, de acordo com as regras estabelecidas no art. 51 do CDC (BRASIL, 1990). Trata-se de concretização do princípio da confiança, considerando a vulnerabilidade do consumidor, a parte mais fraca na relação.

Como apontam Marques *et al.* (2021, p. 227):

Note-se que, concluído o contrato entre o fornecedor e o consumidor, quando o pacto deve surtir seus efeitos e ser executado pelas partes, impõe a nova Lei o respeito a um novo princípio norteador da ação das partes, que é o princípio da equidade contratual, do equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, para ser alcançada a justiça contratual. Assim, o CDC institui normas imperativas, as quais proíbem a utilização de quaisquer cláusulas abusivas, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (v. art. 51, IV, do CDC).

Na visão de Cavalieri Filho (2022, p. 67-72), a equidade é o valor inspirador do Direito, estando relacionado com a sua essência e com o modelo ideal de justiça. É fundamento da coesão e harmonia social. Sua aplicação considera a justa proporção e possibilita que o juiz atue de forma criativa, no sentido de aplicar o direito com igualdade e razoabilidade. Segundo o autor, a equidade desempenha função integrativa, autorizando o juiz a suprir omissões nas hipóteses em que há falha ou excesso de simplicidade na legislação, bem como desempenha função corretiva, possibilitando que o juiz afaste a injustiça que decorreria da aplicação da lei ao caso concreto.

Por sua vez, ao tratar do princípio do equilíbrio contratual, Schreiber (2020, p.65) sustenta que os valores constitucionais devem se exprimir no campo dos contratos<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Segundo o autor Schreiber (2020) “[o] princípio do equilíbrio contratual, como aqui apresentado, resume-se, assim, a veicular um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do Contrato”. Assim, “[t]rata-se de um princípio aplicável a todo e qualquer contrato, ancorado na contínua avaliação de merecimento de tutela do seu objeto, desde o nascimento até a extinção da relação contratual”. Vale a ressalva, entretanto, que não se trata de um mecanismo de redistribuição de riquezas ou destinado ao reequilíbrio de posições subjetivas,

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho:

Não há dúvida de que nosso texto constitucional, ao mesmo tempo que alberga a livre iniciativa e a propriedade privada, caracteriza-se pela adoção de uma tábua axiológica solidarista, elegendo como fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Dentre seus objetivos fundamentais elege a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Consagra, ainda, o direito de todos à igualdade formal e material (art. 5º, *caput*) e determina que a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, *caput*). Dentre os princípios da ordem econômica, nossa Constituição insere, ainda, "a redução das desigualdades regionais e sociais" (arts. 3º, III, e 170, VII)".

O princípio da equidade exige ao interprete a aproximação do modelo ideal de justiça, que é fundamento da coesão e harmonia social. Por meio dele, na busca da justa proporção, o Poder Judiciário pode suprir lacunas da lei ou corrigir injustiças diante do caso concreto.

O **princípio da informação e educação**, considera o déficit informacional, inerente às relações de consumo, impondo obrigação do fornecedor prestar informações claras e precisas, o que também está relacionado com o dever de transparência.

Como consequência da vulnerabilidade, em geral o consumidor não é capaz de avaliar a conveniência e em relação à aquisição de produtos e serviços, considerando as peculiaridades do negócio e os riscos envolvidos. A educação é o caminho para aumentar o nível de consciência e juízo crítico do consumidor, possibilitando a verdadeira liberdade de escolha.

Segundo Cavalieri Filho (2022, p. 119), o princípio da informação é reflexo do princípio da transparência e está diretamente relacionado com a vulnerabilidade. O fornecedor é naturalmente mais informado, por controlar o processo produtivo, de forma que o acesso à informação é o caminho necessário para o reequilíbrio da relação de consumo. Se por um lado o consumidor tem o direito de ser informado, inclusive para que manifeste sua vontade de forma livre e consciente, por outro lado o fornecedor é obrigado a informar, tratando-se de dever anexo, que decorre da boa-fé objetiva. O autor ainda destaca que o dever de informar é cumprido quando houver: adequação, compatibilidade entre riscos e meio de informação; suficiência, informação completa e integral; e veracidade.

A perspectiva de Marques *et al.* (2021, p.72):

O inciso III assegura justamente esse direito básico à informação, realizando a transparência no mercado de consumo objetivada pelo art. 4º do CDC. No CDC, a informação deve ser clara e adequada (arts. 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 46, 48, 52 e 54), esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão

---

de forma que "[o] que o princípio em tela interessa não são as situações jurídicas em si, mas as suas consequências econômicas, ou seja, os sacrifícios econômicos suportados e os benefícios econômicos auferidos pelas partes em virtude dos direitos e obrigações, sempre *lato sensu*, que compõe o contrato" (SCHREIBER, 2020).

do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts.30, 33, 35, 46 e 54), ou, se falha, representa a falha(vício)na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts.18, 20 e 35). Da mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (art.6.º,III), este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art. 1.º).Assim, a cláusula ou prática que considere o silêncio do consumidor como aceitação (a exemplo do art. 111 do CC/2002), mesmo com falha da informação, não pode prevalecer (arts. 24e25), acarretando a nulidade da cláusula no sistema do CDC (art. 51, I) e até no sistema geral do Código Civil (art. 424 do CC/2002). O direito à informação assegurado no art.6º, 111, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC ao fornecedor nos arts. 12, 14, 18 e 20, nos arts. 30 e 31, nos arts. 46 e 54.

Por conseguinte, a desigualdade entre os agentes da relação de consumo, que gera a vulnerabilidade, dá origem ao direito de o consumidor ser informado e à obrigação do fornecedor prestar informação adequada. É a educação para o consumo e a informação que possibilitam a manifestação livre e consciente do consumidor, no sentido de adquirir produtos e serviços conhecendo os riscos do negócio.

O **princípio do combate ao abuso**, é aquele que “...proíbe o abuso de direito e impõe transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos” (MARQUES *et al.*, 2021, p.76). Segundo Marques *et al.* (2021), trata-se de desdobramento da boa-fé objetiva e da transparência, considerando os aspectos pré-contratuais, os de formação e os de execução dos contratos de consumo.

Portanto, trata-se de reflexo da boa-fé objetiva, para, à luz da vulnerabilidade, coibir práticas abusivas em detrimento do consumidor.

Outrossim, vale destacar que a partir da regra do art. 4º do CDC Sérgio Cavalieri Filho (2022) também aponta a existência do princípio da transparência e do princípio da segurança.

O **princípio da transparência** é derivação concretizadora da boa-fé objetiva, tendo como conteúdos a precisão, a sinceridade e a clareza. O princípio pode ser compreendido por duas diferentes vertentes, sendo que por um lado há o dever de o fornecedor informar, enquanto por outro há o dever do consumidor ser informado. A obrigação de informar afasta a possibilidade de adoção do *dolus bônus* nas relações de consumo, de forma que a informação deve ser ampla. Há uma verdadeira mudança de paradigma, uma vez que o consumidor que buscar as informações, mas o fornecedor deve prestá-las (CARVALIERI FILHO, 2022, p.57).

Portanto, pelo princípio da transparência, cabe ao fornecedor prestar todas as informações relevantes acerca do produto e do serviço.

O **princípio da segurança** que está entre os mais importantes do Código de Defesa do Consumidor, exige que o fornecedor se comporte no sentido de informar o consumidor acerca dos riscos inerentes aos produtos e serviços que fornece, assim como tomar as providências

para minorar a possibilidade de ocorrência do dano. O princípio trabalha com a ideia de que o dever de segurança é inerente ao fornecimento de produtos ou serviços. Assim, a responsabilidade não decorre da culpa, mas do defeito do produto ou do serviço, de forma que o fundamento da responsabilidade não é o risco, mas o princípio da segurança. Nesse sentido, o direito só atua quando a insegurança ultrapassar a normalidade e a previsibilidade (CARVALIERI FILHO, 2022, p.73).

Portanto, pelo princípio da segurança o fornecedor deve informar o consumidor e agir no sentido de minorar os riscos de danos.

### **3. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO EMPRESARIAL**

Após a breve análise dos princípios que informam o regime jurídico empresarial e o regime jurídico consumerista, o objetivo deste capítulo é analisar a sociedade em conta de participação no direito empresarial.

Trata-se de instituto lícito, próprio do direito empresarial e com função relevante em nossa sociedade. O fato de sua aplicação prática estar praticamente restrita às relações empresariais, aliado ao fato de a lei não exigir o registro dos seus atos constitutivos, torna a sociedade em conta de participação um instituto desconhecido e mal compreendido por grande parte dos aplicadores do direito. É natural que se tenha menos facilidade de compreender aquilo com o que se tem pouco contato, especialmente quando pouco divulgado e não intuitivo.

Nesse sentido, para que se possa constatar a irregularidade do uso da sociedade em conta de participação nas situações em que oculta contrato de consumo, é necessário analisar os contornos do instituto de direito societário. Com isso, será possível identificar que o problema não está no instituto em si, mas no seu uso desvirtuado. E a compreensão desta afirmação exige a análise dos contornos e das implicações da sociedade em conta de participação.

Uma vez que a sociedade em conta de participação é um tipo societário despersonalizado, neste capítulo, serão brevemente analisadas as sociedades personificadas e despersonalizadas, assim como as características da sociedade em conta de participação e a sua aplicação prática. O objetivo é demonstrar que os contornos próprios da sociedade em conta de participação impossibilitam o seu uso nas relações de consumo, mesmo com a incidência transversal dos princípios e das regras do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Em seguida, serão brevemente analisados os mecanismos disponíveis para o controle judicial das sociedades em conta de participação. O objetivo é evidenciar que tais mecanismos seriam inadequados se aplicados às relações de consumo.

#### **3.1. Sociedades personalizadas e sem personalidade jurídica**

Do ordenamento jurídico brasileiro é possível extrair que as pessoas podem ser naturais (Título I, do Livro I, da Parte Geral) ou jurídicas (Título II, do Livro I, da Parte Geral) (BRASIL, 2002). Como ente próprio, a pessoa jurídica existe de forma autônoma e independente em relação aos seus sócios, associados, instituidores ou administradores (BRASIL, 2002, art. 49-A), o que é consequência da lei lhe atribuir personalidade jurídica própria, podendo manifestar vontade e, assim, contrair direitos e obrigações.

E segundo o Código Civil, as pessoas jurídicas podem ser de direito público, interno ou externo, ou de direito privado (BRASIL, 2002, art.40). As pessoas jurídicas de direito público interno são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei (BRASIL, 2002, art. 41). As pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público (BRASIL, 2002, art. 42). Já as pessoas jurídicas de direito privado são as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos (BRASIL, 2002, art. 44).

No campo teórico, é possível afirmar que as pessoas jurídicas “...são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil” (RODRIGUES, 2006, p.86). A pessoa jurídica e as pessoas que a compõe não se confundem. Têm existência e personalidade próprios e distintos, uns dos outros.<sup>11</sup>

Em relação ao surgimento da personalidade jurídica, o art. 45 do CC<sup>12</sup> estabelece que a existência legal da pessoa jurídica tem apenas início com a inscrição do ato constitutivo, antes do que existem apenas obrigações entre os subscritores do ato constitutivo (BRASIL, 2002, art. 1.001). Ou seja, o contrato de constituição da sociedade gera obrigações entre os sócios, mas o surgimento da personalidade jurídica pressupõe o registro do ato constitutivo.

Uma vez registrado o ato constitutivo, surge a personalidade jurídica e, com ela, a distinção entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos seus sócios. O patrimônio da sociedade não pertence aos sócios e as obrigações dos sócios não devem ser satisfeitas pela sociedade. Assim, o sistema jurídico confere verdadeira distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a personalidade daqueles que subscreveram o seu ato constitutivo.

Vale observar que a responsabilidade dos sócios entre si, em relação à sociedade e em relação a terceiros varia de acordo com o tipo societário adotado. Nesse sentido, por exemplo, na sociedade limitada o sócio apenas responde pela integralização do capital social (BRASIL, 2002, art. 1.052). Já na sociedade em comum, os sócios respondem solidária e ilimitadamente

---

<sup>11</sup> Para Carlos Roberto Gonçalves: “A pessoa jurídica é, portanto, proveniente desse fenômeno histórico e social. Consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns. Pode-se afirmar, pois, que pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem (CC, art. 50, a contrário sensu, e art. 1.024)” (GONÇALVES, 2022, p.237).

<sup>12</sup> Assim como o art. 119 da Lei n. 6.015/1973: “A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos” (BRASIL, 1973).

pelas obrigações sociais (BRASIL, 2002, art. 990), tal como ocorre na sociedade em nome coletivo (BRASIL, 2002, art. 1.039).

Assim, de forma geral, o inadimplemento das obrigações pela sociedade possibilita que os credores promovam demandas individuais contra a pessoa jurídica, buscando a satisfação dos seus respectivos créditos por meio da expropriação de bens. Tal realidade é consequência da regra de que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores” (BRASIL, 2002, art. 49-A). Apenas de forma excepcional, quando houver o desvirtuamento da personalidade jurídica, será possível o rompimento da distinção patrimonial<sup>13</sup>. (v.g. art. 50 do Código Civil, art. 28 da Lei n. 8.078/90, art. 34 da Lei 12.529/2011 e art. 4.º da Lei 9.605/98).

Em que pese os tipos societários dotados de personalidade sejam a maioria e tenham maior incidência prática, as sociedades desprovidas de personalidade jurídica são uma realidade, proposital ou acidental. Assim, os sócios podem optar por conjugar esforços e estabelecer vínculos sem a criação de um ente personalizado, assim como a inexistência da personalidade jurídica pode resultar do não registro do ato constitutivo, por exemplo.

Aliás, a doutrina tradicionalmente admite a existência das sociedades desprovidas de personalidade jurídica, tal como se extrai do seguinte trecho da obra de Pontes de Miranda (1972):

No direito civil, sociedades que não se registaram, existem, sem irregularidade; apenas não se personificaram. O sistema jurídico comercial é que exige o registro para que ‘regularmente’ funcionem, porque uma das finalidades da política jurídica comercial é ser registado tudo que se passa a respeito de contratos sociais (PONTES DE MIRANDA, 1972, p.65)

Como não poderia deixar de ser, tal perspectiva foi incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio, destacando que o art. 304 do Código Comercial, Lei n. 556/1850, já disciplinava a possibilidade de terceiros promoverem ações “contra a sociedade em comum ou contra

---

<sup>13</sup> Segundo Coelho (2018), a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é fundamental para a preservação da separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios, sendo que a sua aplicação não tem como consequência a dissolução ou anulação da sociedade, mas, apenas, autoriza que a personalidade jurídica seja considerada ineficaz, de forma pontual e episódica. Nas palavras do referido professor: “Pela teoria da desconsideração, o juiz pode deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras. Não seria possível a coibição se respeitada a autonomia da sociedade. Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins”

qualquer dos sócios em particular”. Da mesma forma, o art. 12, VII, do Código de Processo Civil de 1973 autorizava a representação em juízo da sociedade sem personalidade jurídica por quem administra os seus bens, o que atualmente consta do art. 75, IX, do Código de Processo Civil de 2015<sup>14</sup>.

E com o advento do Código Civil de 2002, que revogou a Parte Primeira do Código Comercial (art. 2.045 do CC), as sociedades não personificadas passaram a ser expressamente disciplinadas nos arts. 986 à 996 do CC, que tratam da sociedade em comum (arts. 986/990 do CC)<sup>15</sup> e da sociedade em conta de participação (arts. 991/996 do CC). Assim, o ordenamento jurídico reconhece que, mesmo sem o registro de atos constitutivos, pessoas se reúnem e somem esforços para atingir objetivos econômicos, situação em que o esforço comum tem natureza jurídica de sujeito de direito não personificado<sup>16</sup>.

Os contornos das sociedades em comum serão abordados neste subcapítulo, sendo que o subcapítulo seguinte será dedicado às sociedades em conta de participação.

Pela perspectiva doutrinária, a sociedade em comum pode ser consequência de quatro situações fáticas distintas: “(i) a sociedade não tem contrato escrito; (ii) há contrato escrito, mas não arquivado; (iii) há contrato arquivado no registro impróprio (v. comentários ao art. 1.150); e (iv) há contrato arquivado no registro competente, porém em desacordo com as prescrições legais” (TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2014, p. 49)<sup>17</sup>. Em todas as referidas situações, a inexistência da personalidade jurídica decorre do descumprimento da obrigação de registro dos atos constitutivos.

E não havendo personalidade própria, “[o]s bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum” (art. 988 do CC), sendo que “[t]odos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais...” (art. 990 do CC). Logo, por ser desprovida de personalidade jurídica, a sociedade em comum também não tem

---

<sup>14</sup> Segundo Nery Júnior e Nery (2023, p.288), os entes despersonalizados têm personalidade judiciária, conferindo capacidade para serem parte.

<sup>15</sup> Por aplicação da regra do art. 982 do CC, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2018) conclui que “...se a sociedade em comum tiver por objeto atividade própria de empresário sujeito a registro, será considerada empresária; se não, será considerada simples”.

<sup>16</sup> Como sustenta, por exemplo, Gonçalves Neto (2018).

<sup>17</sup> Vale apontar que Gonçalves Neto (2018) indica apenas três situações nas quais seria possível a caracterização da sociedade em comum: “...a sociedade em comum se configura em três hipóteses (arts. 986 e 987 do CC): a) quando for constituída e exercer sua atividade sem prova escrita; ou b) com prova escrita, mas sem inscrição no registro próprio, ou antes dele; ou c) seu registro for cancelado, mas continuar o exercício de sua atividade”

patrimônio próprio. Sem personalidade e patrimônio<sup>18</sup>, não pode ser titular de direitos e obrigações, que, portanto, são titularizados por seus sócios.

Mesmo sem o registro, a existência ou não do ato constitutivo permite a divisão das sociedades em comum em dois grupos<sup>19</sup>. São denominadas sociedades de fato aquelas que não são reguladas por qualquer instrumento, ou seja, a existência da sociedade é extraída do comportamento dos sócios, que destacam determinado patrimônio para o desenvolvimento de objetivos comuns. Por sua vez, são denominadas de sociedades irregulares aquelas reguladas por instrumento escrito sem registro. Nos dois casos a consequência jurídica é a mesma: a inexistência de personalidade jurídica e de patrimônio próprio. Distinguem-se, apenas, pelo fato de que nas sociedades irregulares o contrato escrito gera as obrigações especificamente entre os sócios<sup>20</sup> (BRASIL, 2002, art. 1.001<sup>21</sup>).

Há que se destacar, ainda, que nos termos do art. 987, “[o]s sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo” (BRASIL, 2002)<sup>22</sup>. Logo, eventual acolhimento da pretensão de sócios pressuporá a existência de prova escrita do direito alegado, em que pese terceiros tenha a possibilidade de provar por qualquer meio a existência da sociedade e das obrigações assumidas pelos sócios<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Gonçalves Neto (2018) esclarece que a expressão “patrimônio especial” não significa patrimônio próprio: “Muito embora essas denominações sejam utilizadas com diversos significados na literatura jurídica, Sylvio Marcondes preferia reservar a expressão “patrimônio autônomo” para designar o patrimônio de um novo sujeito, como ocorre na constituição das pessoas jurídicas: “Seja como for, de todos se deduz que o conceito de patrimônio autônomo está no plano dos sujeitos; o de patrimônio separado, no dos objetos” (Problemas de direito mercantil cit., p. 96, destaques nossos). No mesmo sentido, Oscar Barreto Filho (Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo: Max Limonad, 1969. n. 43, p. 57-58, observando que “costuma-se unir patrimônios separados e patrimônios autônomos sob a denominação comum de patrimônios de afetação”) e Luiz Gastão Paes de Barros Leães (Do direito do acionista ao dividendo. São Paulo: Obelisco, 1969. p. 74)” (CARVALHOSA; KUYVEN, 2018, capítulo VIII, item 1, nota de rodapé n. 124).

<sup>19</sup> Nas palavras de Gonçalves Neto (2018): “Para nós, a sociedade em comum claramente abrange, ante o disposto nos arts. 986 e no art. 987 do CC, a sociedade irregular e a sociedade de fato do direito anterior – vale dizer, tanto aquela não registrada como aquela constituída sem prova escrita. A questão é, como se disse, meramente de eficácia probatória e não de existência ou validade da sociedade”.

<sup>20</sup> Segundo Gonçalves Neto (2018): “O contrato, portanto, deverá prevalecer em tudo quanto não contrariar as normas específicas da sociedade em comum e no que independer da aquisição da personalidade jurídica”.

<sup>21</sup> “Art. 1.001. As obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais”.

<sup>22</sup> Antes do advento do Código Civil de 2002, o Código Comercial estabelecia em seu art. 303, que “Nenhuma ação entre sócios ou destes contra terceiros, que fundar a sua intenção na existência da sociedade, será admitida em juízo se não for logo acompanhada do instrumento probatório da existência da mesma sociedade”.

<sup>23</sup> Sobre esse ponto, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2018) afirma que “[é] fora de dúvida, portanto, que para validade do contrato social não se exige forma especial, mas apenas para sua eficácia, como já ressaltava Pontes de Miranda. À falta de prova por escrito, há ineficácia relativa do contrato: os sócios ficam privados de provar a existência da sociedade, mas os terceiros poderão prová-la de qualquer modo”

### 3.2. Conceito e características da sociedade em conta de participação

A sociedade em conta de participação é instituto marcado pela informalidade e discricção, possibilitando que determinada atividade seja desempenhada pelo sócio ostensivo, em seu próprio nome, sem personalidade jurídica e com responsabilidade ilimitada perante terceiros, sendo que o sócio participante tem a expectativa de participação nos resultados. Constitui, portanto, um acerto interno entre os sócios, sem gerar obrigações para terceiros, que mantém relação apenas com o sócio ostensivo, sendo prescindível o conhecimento sobre o sócio participante ou mesmo sobre a existência da sociedade em conta de participação.

Como aponta Ivo Waisberg (2018, p. 1366), trata-se da “(...) única figura societária criada pelo Código Civil cuja existência é reconhecida apenas no âmbito interno”.

Nas palavras de Scalzilli e Spinelli (2014, p.24):

Virtuosa, como já se disse alhures, suas características mais peculiares são aquelas que justamente a afastam dos olhares do público em geral. Com efeito, a falta de registro ocasiona não só a inexistência dos dados decorrentes do registro cartorário, mas também acarreta a falta de personalidade jurídica e, por conseguinte, de nome, de patrimônio próprio, enfim, de todos aqueles atributos essenciais para que pudesse atuar no mundo jurídico, contratando em seu próprio interesse com desenvoltura e independência. Por conseguinte, depende do sócio ostensivo para adquirir direitos e contrair obrigações, característica que isola ainda mais esse tipo societário do mundo exterior, permanecendo as relações entre os seus integrantes em circuito fechado.

(...)

Vale consignar desde já: a conta de participação é estupendo instrumento para a obtenção de recursos financeiros, permitindo ao sócio ostensivo o financiamento da sua atividade produtiva sem a oneração decorrente de uma obrigação fixa (juros decorrentes do contrato de mútuo); mas, em contrapartida, garantido ao investidor uma participação nos lucros do empreendimento comum. Isso tudo permitindo ao ostensivo manter, de regra, o investidor longe da gestão do negócio, e, a esse, não assumir as normais responsabilidades da posição de sócio, muito mais acentuadas nos demais tipos societários e sem contar que a SCP não sujeita as partes a qualquer tipo de publicidade.

Em relação ao conceito de sociedade em conta de participação, Fábio Martins de Andrade (2008) aponta tratar-se da “(...) associação de dois ou mais participantes (empresários ou não, pessoas físicas ou jurídicas) por relação contratual em sociedade regular de tipo *sui generis* (sem personalidade jurídica), para explorar uma ou mais oportunidades de negócio ou atividades econômicas”. Já para Fortes Barbosa (2015), a sociedade é caracterizada “pela conjugação, sem interposição de pessoa jurídica, de recursos materiais coletivos e poderes de gestão de um ou mais sócios determinados, com o encargo de dar vida à comunidade de interesses formada, para que, ao final, sejam contabilizados os resultados e prestadas contas”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira referência à sociedade em conta de participação consta do Código Comercial, que disciplinava o instituto como espécie de sociedade comercial em seus arts. 325 à 328<sup>24</sup>. Tal como previsto, o instituto possibilitava a reunião de pessoas, exigindo-se que ao menos um fosse comerciante, com a finalidade de desenvolver uma ou mais operações de comércio determinadas, visando o lucro, “em nome individual”. A sociedade, que tinha finalidade específica e momentânea, não estava sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve a revogação da primeira parte do Código Comercial, sendo que a sociedade em conta de participação passou a ser tratada como espécie de sociedade não personificada, estando disciplinada nos arts. 991 à 996 do CC<sup>25</sup>. A alteração ampliou o objeto da sociedade em conta de participação, que deixou de estar limitado às “operações de comércio determinadas” e passou a abranger qualquer atividade econômica<sup>26</sup>, não obstante os contornos gerais do instituto tenham permanecido os mesmos<sup>27</sup>.

Contrariamente ao que ocorre em relação à sociedade em comum, a sociedade em conta de participação foi idealizada como um instrumento necessariamente desprovido de personalidade jurídica<sup>28</sup>, possibilitando que os negócios sejam desempenhados em nome do sócio ostensivo. A inexistência de personalidade jurídica, que gera a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio ostensivo, não é consequência acidental da inexistência de registro, mas característica necessária e marcantes do instituto.

---

<sup>24</sup> Vale transcrever o art. 325 do Código Comercial (BRASIL, 1950), que era responsável por delinear a sociedade em conta de participação: “Art. 325 - Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (artigo nº. 122)”.

<sup>25</sup> Vale transcrever o art. 991 (BRASIL, 2002), que estabelece os contornos gerais da sociedade em conta de participação: “Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”.

<sup>26</sup> Aliás, por esse motivo, assim constou do enunciado de número 208 da III Jornada de Direito Civil: “Arts. 983, 986 e 991: As normas do Código Civil para as sociedades em comum e em conta de participação são aplicáveis independentemente de a atividade dos sócios, ou do sócio ostensivo, ser ou não própria de empresário sujeito a registro (distinção feita pelo art. 982 do Código Civil entre sociedade simples e empresária)”

<sup>27</sup> Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2018) “...pode-se adequar a norma do art. 325 do CC às disposições codificadas, para dizer que há sociedade em conta de participação quando duas ou mais pessoas se reúnem, sem firma social, para buscar lucro comum em uma ou mais operações econômicas determinadas, atuando uma, algumas ou todas em seu nome individual, como agente econômico, na realização do objeto ajustado”

<sup>28</sup> Nesse sentido, e a eventual inscrição do instrumento de constituição em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade. (BRASIL, 2002, art. 993)

Sua constituição independe de qualquer formalidade, sendo que os sócios poderão estabelecer os contornos de sua relação verbalmente ou por escrito. Nesse sentido, eventual inexistência de instrumento escrito gera, apenas, maior dificuldade para a prova da existência e da extensão das obrigações assumidas pelas partes, sem, entretanto, obstar a existência da sociedade em conta de participação. E mesmo que haja documento escrito, o registro do ato constitutivo é prescindível, além de ineficaz em relação ao surgimento da personalidade jurídica.

Assim, a sociedade em conta de participação nunca terá personalidade jurídica e, pela perspectiva externa, os terceiros se relacionarão apenas com o sócio ostensivo. Os terceiros sequer precisarão ter conhecimento da existência da sociedade em conta de participação ou da identidade do sócio participante<sup>29</sup>, sendo esse o sentido da afirmação de que a sociedade em conta de participação constitui um pacto interno. Não se trata de segredo, mas da irrelevância do conhecimento por terceiros, que se relacionam com uma pessoa determinada, como se a sociedade em conta de participação e o sócio participante não existissem.

Nas palavras de Coelho (2018):

A conta de participação se constitui da seguinte forma: um empreendedor (chamado sócio *ostensivo*) associa-se a investidores (os sócios *participantes*), para a exploração de uma atividade econômica. O primeiro realiza todos os negócios ligados à atividade, em seu próprio nome, respondendo por eles de forma pessoal e ilimitada. Os agentes econômicos que entabulam negociações com o sócio ostensivo não precisam saber, necessariamente, que a atividade em questão é explorada sob a forma de uma conta de participação. Com os participantes, o sócio ostensivo tem contrato, pelo qual aqueles são obrigados a prestar determinadas somas, a serem empregadas na empresa, e são, em contrapartida, credores eventuais, por uma parcela dos resultados desta. Os terceiros, com quem o sócio ostensivo contratou, na exploração da atividade econômica da conta de participação, não têm ação contra os sócios participantes. Estes respondem apenas perante o ostensivo, e nos limites do contrato firmado entre eles.

Não há unanimidade acerca da natureza jurídica do instituto, havendo quem entenda tratar-se de um contrato de investimento<sup>30</sup>, assim como quem entenda tratar-se de uma espécie

<sup>29</sup> Segundo Scalzilli e Spinelli (2014, p. 100): “Portanto, o participante é oculto não pelo fato de ser proibida a sua aparição, mas, tão somente, porque a sua existência é irrelevante para os terceiros que negociam com o ostensivo-e, exatamente por isso, as partes tendem a não revelar a existência da SCP. Mas pouco importa que a conta de participação tenha eventualmente se tornado conhecida, bem como não interessa saber se o conhecimento adveio por meio do ostensivo, do participante, por mero acaso ou partiu de diligências tomadas por um terceiro. Mesmo porque, como já visto, nada impede que o sócio ostensivo revele a existência da SCP (salvo estipulação contratual que preveja o sigilo), muito embora não possua qualquer dever de assim proceder. Ainda, nada impede que seja a conta de participação publicizada, inclusive mediante registro no Cartório de Títulos e Documentos”.

<sup>30</sup> No sentido se tratar-se de contrato de investimento, por exemplo, é a lição de Coelho (2018): “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 (Lopes, 1990), 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 despersonalização (ela não é pessoa jurídica) e a natureza secreta (seu ato constitutivo não precisa ser levado a registro na Junta Comercial). Outros de

de sociedade<sup>31</sup>. Apesar da relevância dos argumentos e do fato do investimento ser a intenção preponderante de quem opta pela posição de sócio participante, a localização topográfica do instituto e a determinação de aplicação supletiva das regras da sociedade simples (BRASIL, 2002, art. 996) justificam a opção pela natureza jurídica societária.

E o reconhecimento da natureza jurídica societária tem importantes implicações na compreensão e aplicação do instituto, tal como apontam Scalzilli e Spinelli (2014):

Neste sentido, por exemplo, o fato de enquadrar a conta de participação como sociedade faz com que aceitemos:

- (a) A possibilidade de participação de duas ou mais partes: é, segundo ASCARELLI, um contrato do tipo aberto;
- (b) Os direitos e obrigações dos sócios são idênticos na qualidade, mas não necessariamente na natureza e na quantidade;
- (c) As deliberações - guardadas regras específicas - são tomadas pela maioria;
- (d) É contrato de execução continuada - e de regra é a prazo indeterminado, apesar de, na prática, a conta de participação operar, muito mais que outros tipos societários, com prazo determinado (certo ou incerto);
- (e) Os vícios das prestações e de adesão não invalidam todo o contrato, mas somente a manifestação daquele sócio, ressalvada a hipótese de a participação de tal sócio ser essencial;
- (f) A inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), porque a relação entre as obrigações dos sócios é apenas indireta e mediata: inexistente relação sinalagmática entre as várias partes do contrato plurilateral;
- (g) Peculiaridades quanto ao caso de dissolução parcial e total.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que “[n]ão há diferença ontológica entre as sociedades em conta de participação e os demais tipos societários personificados, distinguindo-se quanto aos efeitos jurídicos unicamente em razão da dispensa de formalidades legais para sua constituição”<sup>32</sup>.

Tratando-se de tipo societário peculiar, é possível a identificação de cinco características marcantes: (i) a informalidade, em razão da simplicidade de sua constituição e dissolução; (ii) a dinamicidade, por possibilitar a rápida mobilização de recursos; (iii) a flexibilidade, “uma vez

---

seus aspectos também justificam não considerá-la uma sociedade: a conta de participação não tem necessariamente capital social, liquida-se pela medida judicial de prestação de contas e não por ação de dissolução de sociedade, e não possui nome empresarial”; no mesmo sentido, Waisberg(2018, p. 1366) defende tratar-se de “um contrato associativo de investimento entre os sócios, um deles o ostensivo, e os demais, os participantes”.

<sup>31</sup> No sentido de que a natureza jurídica seria societária, por exemplo, é a lição de Scalzilli e Spinelli (2014, p.50-60): “Assim, e em resumo: a personalidade jurídica não é elemento essencial do conceito de sociedade, nem nunca o foi. É, pois, elemento acidental, encontrável na grande maioria dos tipos societários, porém não em todos. Além de tudo isso, não conseguimos vislumbrar na conta de participação um simples contrato bilateral, uma vez que não enxergamos a existência de escopos contrapostos entre as partes (e prestações correspectivas). Há, na verdade, uma associação entre as duas categorias de sócios (ostensivo e participante) em busca de um fim comum (possuindo os aportes função instrumental). Por todos os argumentos que acima relatamos, estamos entre aqueles que reconhecem na conta de participação todos os elementos básicos que identificam qualquer sociedade constituída contratualmente, como dispõe o art. 981 do Código Civil”.

<sup>32</sup> BRASIL, STJ. 3ª Turma - REsp n. 1.230.981/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. j. 16/12/2014

que é instrumento capaz de proporcionar a exploração de toda sorte de negócios, grandes ou pequenos, complexos ou simples, duradouros ou efêmeros...”; (iv) o baixo custo; (v) a discrição, uma vez que a atividade é desenvolvida em nome do sócio ostensivo, sequer havendo interesse na divulgação da existência da sociedade (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p.31).

Tais características fazem da sociedade em conta de participação um instituto propício para investimentos, uma vez que possibilita a arrecadação rápida e desburocratizada de recursos, além de dispensar a participação direta do sócio participante, em relação a quem os riscos do negócio são pequenos e controlados. O sócio ostensivo será capitalizado e poderá desempenhar a atividade com maior liberdade<sup>33</sup>, enquanto o sócio participante terá aportado recursos e manterá a expectativa de participar dos resultados.

Pela perspectiva interna, como visto, os sócios se obrigam nos termos da lei e do contrato de constituição da sociedade. E como consequência da aplicação subsidiária das regras da sociedade simples (BRASIL, 2002 art. 1.001), especificamente em relação à participação nos resultados, é importante observar a incidência da regra art. 1.008 do CC, segundo a qual é nula a estipulação que exclua qualquer sócio da participação nos lucros e nas perdas. Logo, em regra, o sócio participante também será responsável (apenas perante o sócio ostensivo) pelo prejuízo da operação, o que, entretanto, o que pode ser contratualmente modulado (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 151).

Vale observar que apesar das obrigações assumidas pelo sócio ostensivo perante os sócios participantes não vincularem terceiros, “(...)o sócio ostensivo responde perante os sócios ocultos pelos prejuízos causados em virtude dos atos de disposição do patrimônio especial em desacordo com o contratado entre os sócios” (WALD, 2016). Nas palavras de Paulo Sérgio Gomes Alonso (2021, p. 135):

(...)as responsabilidades neste tipo de sociedade existem entre os sócios – ostensivo e participante, e entre terceiros e o sócio ostensivo (parágrafo único, artigo 991), e nesta última hipótese o sócio oculto poderá vir a responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervir.

---

<sup>33</sup> “Quanto à participação do sócio oculto na administração do empreendimento comum, não há problemas que isso ocorra, desde que a sua atuação se restrinja a aspectos internos, não podendo atuar perante terceiros dizendo-se administrador, salvo se o fizer na qualidade de subordinado ou de mandatário do ostensivo, deixando claro para os terceiros as condições sob as quais está agindo sob a pena de, assim não o fazendo, responder pessoalmente pelas obrigações que assumir, nos termos do art.993,parágrafo único, do Código Civil” (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 194).

Não obstante, considerando as características peculiares da sociedade em conta de participação, é vedado que os sócios restrinjam a responsabilidade do sócio participante a ponto de resguardar o valor inicialmente investido<sup>34</sup>. Assim, entre si, em regra os sócios terão participação proporcional nos ganhos e nas perdas, sendo que a responsabilidade do sócio participante pelas perdas poderá ser contratualmente restringida, mas nunca a ponto de resguardar o valor investido. Por outra perspectiva, de acordo com a lógica da sociedade em conta de participação, o participante se arrisca a perder, no mínimo, o valor total investido, podendo estar obrigado a dividir proporcionalmente os prejuízos da operação.

A contribuição dos sócios constitui patrimônio especial<sup>35 36</sup>, o que, entretanto, não produz efeitos em relação a terceiros, tendo “eficácia meramente interna”<sup>37</sup>. É importante apontar que “o que torna tal patrimônio especial é a afetação, isto é, vinculação à atividade fim da sociedade em conta de participação” (WAISBERG, 2018, p. 1369). Nas palavras de Fábio Martins de Andrade, “a contribuição dos sócios participantes, juntamente com a do sócio ostensivo, constitui o patrimônio especial”. Entre os sócios, o patrimônio investido deverá ser destinado ao desempenho da atividade da sociedade em conta de participação, em que pese formalmente passe a integrar o patrimônio do sócio ostensivo e, portanto, esteja sujeito à satisfação das suas obrigações pessoais.

Externamente, o sócio ostensivo atua como se a sociedade em conta de participação não existisse. O pacto entre os sócios não interessa a terceiros, em relação aos quais a existência da sociedade não produz efeitos. Por sua vez, internamente, o sócio ostensivo e o sócio participante se obrigam nos termos do contrato por meio do qual a sociedade foi constituída. Assim, a

---

<sup>34</sup> “No entanto, é de destacar que é vedada a estipulação contratual que restrinja a responsabilidade do sócio participante a ponto de resguardar o valor de sua própria entrada. Isto é, seria nula a cláusula que estabelecesse a intangibilidade do investimento, mesmo em caso de prejuízo apurado na exploração do objeto da conta de participação<sup>400</sup>. Com efeito, o sócio participante não só pode, mas deve perder o aporte feito em caso de prejuízo da operação, sob a pena de, em assim não sendo, estar desnaturado o caráter societário do negócio havido entre as partes” (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p.152).

<sup>35</sup> Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto (*apud* CARVALHOSA; KUYVEN, 2018), “[e]ssa contribuição pode ser em dinheiro de contado ou em qualquer outra espécie de bem suscetível de avaliação econômica. Não há restrição legal, inclusive, de tal contribuição efetivar-se com a outorga de direitos de uso ou gozo, em usufruto ou comodato, com manutenção do domínio em nome do participante...” .

<sup>36</sup> Segundo Scalzilli e Spinelli (2014, p.240): “Como salienta GARRIGUES, a tese de que os bens e/ou direitos aportados ingressam no patrimônio do ostensivo, sendo nele incorporados, é a que mais bem se adapta ao interesse do gestor do negócio, pois, assim, acabará mantendo íntegro o poder de disposição sobre o patrimônio de sua atividade e não se verá obrigado a requerer constantemente a cooperação do participante, o que fatalmente ocorreria se o aporte deste último entrasse para formar um patrimônio comum. Exatamente por isso, as entradas dos sócios participantes passam ao patrimônio do ostensivo, sendo a ele incorporadas”.

<sup>37</sup> Para Scalzilli e Spinelli (2014, p.242): “A sociedade em conta de participação é sociedade interna, cuja eficácia restringe-se aos seus sócios. Por via de consequência, o fundo social (ou seja, os bens e/ou direitos colocados pelos sócios para a exploração do objeto da SCP) tem eficácia meramente interna”.

atuação do sócio participante é marcada pelo investimento e pela expectativa de participação nos resultados, enquanto a atuação do sócio ostensivo é marcada pelo desempenho da atividade em nome próprio<sup>38</sup>.

Na visão de Arnaldo Wald (2016), o atributo essencial da sociedade em conta de participação é exatamente a presença de um sócio ostensivo que contrai obrigações em seu próprio nome, valendo-se dos aportes realizados pelos demais sócios. Ou seja,

(...)o sócio ostensivo atua como se conta em participação não houvesse, haja vista que a própria existência da sociedade entre ele e o (s) sócio(s) participante(s) não é revelada para terceiros, que contratam apenas e tão-somente com o sócio ostensivo. (WALD, 2016)

Como já apontado, não há necessidade do registro dos atos constitutivos, sua implementação não provocará o surgimento de personalidade jurídica, assim como não possibilitará que a sociedade tenha patrimônio próprio. Aliás, Carolina Meneghini (2022, p. 35) aponta que “como um simples contrato, não haveria razão para exigir sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, por não ser pessoa jurídica, tampouco sociedade, além de não assumir responsabilidade em nome próprio”. Apesar disso, como já apontado, o registro também é desnecessário para aqueles que consideram tratar-se de verdadeiro tipo societário. Não obstante, como apontam Arildo Luiz Rocha Júnior e Elaine Cristina de Araújo (2022, p. 126), de acordo com as exigências da Secretaria da Receita Federal do Brasil, é possível afirmar que “a sociedade em conta de participação – SCP, para efeitos da legislação do Imposto de Renda, é equiparada às demais pessoas jurídicas”.

A atividade será sempre exercida pessoalmente pelo sócio ostensivo, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade, sendo ele o único a assumir obrigações perante terceiros<sup>39</sup>. Ou seja, o patrimônio social “apenas produz efeitos nas relações internas entre os sócios e não alcança terceiros, especialmente no tocante às dívidas da sociedade, de modo que eventuais dívidas poderão afetar todo o patrimônio do sócio ostensivo, ainda que não seja considerado especial” (WALD, 2016).

---

<sup>38</sup> Scalzilli e Spinelli (2014, p 67-79)

<sup>39</sup> Aliás, tal afirmação já foi expressamente reconhecida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai, por exemplo, do seguinte trecho: "Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata (REsp nº 168.028/SP)" (BRASIL, STJ. 4ª Turma - REsp n. 192.603/SP. Rel. Min. Barros Monteiro – j. 15/4/2004).

Não havendo personalidade jurídica e uma vez que os negócios são realizados em nome do sócio ostensivo, pela perspectiva do direito material a sociedade em conta de participação não é sujeita de direitos e não contrai obrigações, sendo que pela perspectiva processual nunca terá legitimidade, de forma que nunca poderá demandar ou ser demandada<sup>40</sup>. Assim, não poderá ser atribuída personalidade judiciária à sociedade em conta de participação, sendo, portanto, inaplicável a regra do art. 75, IX, do CPC, que possibilita a representação em juízo da sociedade sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens<sup>41</sup>.

Aliás, tal realidade já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que “[n]ão há falar em citação da sociedade em conta de participação, que não tem personalidade jurídica, nem existência perante terceiros”<sup>42</sup>. A causa versou sobre a dissolução de sociedade em conta de participação, sendo que no referido julgamento o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito sustentou que a sociedade não deveria integrar a relação processual, a partir das regras do Código Comercial e do Código de Processo Civil. Citando a doutrina de Carvalho de Mendonça e de Waldemar Ferreira, o ministro destacou o “caráter oculto da sociedade em conta de participação”, o fato de não se tratar de uma pessoa jurídica, assim como a inexistência de autonomia patrimonial, o que justificou a afirmação de que a sociedade em conta de participação não tem representação judicial, ativa ou passiva.

Há que se observar que o rompimento do vínculo entre os sócios ocorre por meio da dissolução parcial ou total<sup>43</sup>. Assim, respeitadas as peculiaridades de cada caso e suas implicações, as causas geradoras da dissolução parcial da sociedade são aplicáveis à sociedade em conta de participação, tais como o exercício do direito de retirada, a exclusão e a morte (BRASIL, 2002, arts. 1.028, 1.029 e 1.030). Também são aplicáveis às causas de dissolução

---

<sup>40</sup> Nas palavras de Scalzilli e Spinelli (2014, p.96): “Da mesma forma, a conta de participação não pode demandar nem ser demandada em juízo. Em primeiro lugar, não pode demandar terceiros, pois é o ostensivo quem é o titular de direitos oriundos do exercício da atividade, e não a conta de participação, que corresponde apenas ao acerto interno havido entre os sócios e nada mais; se alguém tem de demandar algum terceiro, este alguém é somente o sócio ostensivo. Em segundo lugar, a conta de participação não pode ser demandada, porque não é sujeito passivo de nenhuma relação obrigacional, não havendo quem tenha ação contra ela”.

<sup>41</sup> De acordo com Scalzilli e Spinelli (2014, p.96): “Portanto: “Não tem *legitimatío ad causam* nem *ad processum* para estar em Juízo, ativa ou passivamente(...)”. E, como salientado, isso não tem nada a ver com a falta de personalidade jurídica, pois a massa falida, o condomínio e o espólio, os quais também não possuem personalidade jurídica, podem compor uma relação jurídica processual. Como foi dito, a SCP não pode estar em juízo simplesmente porque não titularia nenhuma relação jurídica, não havendo quem tenha ação contra ela nem tem ação contra quem quer que seja”.

<sup>42</sup> BRASIL, STJ. 3ª Turma -REsp. 474.704/PR – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17/12/2002

<sup>43</sup> Segundo Scalzilli e Spinelli (2014, p.301) “...não existem, dentro do capítulo que regula a conta de participação, regras específicas quanto à sua dissolução, sendo aplicáveis, de acordo com a disposição de regência supletiva prevista no art. 996, as regras relativas à sociedade simples: (a) Exclusão de sócio (CC, arts. 1.004, 1.006 e 1.030); (b) Morte de sócio (CC, art. 1.028); (c) Direito de retirada (CC, art. 1.029); (d) Hipóteses de dissolução total de sociedade (CC, arts. 1.033 e 1.034), podendo restar previsto no contrato outras hipóteses de dissolução (art. 1.035)”.

total, tais como o atingimento do fim social, o término do prazo e o consenso entre os sócios (BRASIL, 2002, art. 1.033).

Com a dissolução, a liquidação deverá ocorrer por aplicação das normas relativas à prestação de contas, nos termos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2002, art. 996).

Portanto, como visto, trata-se de tipo societário peculiar, em que obrigatoriamente a constituição da sociedade não provocará o surgimento da personalidade jurídica e de patrimônio próprio. Não há necessidade de registro dos atos constitutivos, sendo que a existência da sociedade ou a identidade do sócio participante não interessa a terceiros. As atividades são desempenhadas exclusivamente pelo sócio ostensivo, em seu próprio nome e com responsabilidade ilimitada. Assim, externamente, é apenas ele que contrai direitos e obrigações, nunca a sociedade ou o sócio participante. Pela perspectiva interna, as obrigações entre os sócios são válidas, sendo que o sócio ostensivo deverá desempenhar as atividades pactuadas, enquanto o sócio participante deverá realizar o investimento estabelecido. Ambos os sócios participarão dos resultados, o que internamente pode significar a divisão proporcional dos lucros e das perdas.

### **3.3. Aplicação prática**

Como visto, a sociedade em conta de participação é instituto lícito e regular, com utilização eficiente nas hipóteses em que se pretende realizar investimentos específicos. Trata-se de instituto próprio do direito empresarial, sujeito, portanto, à sua principiologia própria.

Suas características marcantes são: (i) a inexistência de forma específica; (ii) a desnecessidade do registro, o que possibilita o sigilo do pacto; (iii) o fato da atividade ser desenvolvida de forma exclusiva pelo sócio ostensivo, sem a participação ou ingerência do sócio participante; (iv) o fato do o sócio participante não estar sujeito aos riscos decorrentes da relação entre o sócio ostensivo e terceiros, mas apenas ao seu investimento; (v) o fato do sócio participante receber parte dos lucros da atividade, nos termos do contrato celebrado com o sócio ostensivo.

Uma vez que a sociedade em conta de participação é instituto afeto ao direito empresarial, é fortemente marcado pela autonomia privada, tendo como consequência a obrigatoriedade das obrigações livremente pactuadas pelos agentes, com pouca margem para intervenção estatal.

Nesse contexto, é importante identificar brevemente as atividades em que as sociedades em conta de participação são comumente utilizadas, o que proporcionará maior clareza ao se analisar, mais adiante, as hipóteses em que o instituto é utilizado de maneira ilícita.

Cabe ressaltar que em razão inexistência de registro obrigatório, a identificação das atividades em que a sociedade em conta de participação é comumente utilizada teve como fonte a doutrina e a jurisprudência.

### **3.3.1. Incorporações imobiliárias**

Como se verá mais adiante, o uso da sociedade em conta de participação relacionada com incorporações imobiliárias pode representar a tentativa de contornar normas imperativas que limitam a liberdade do incorporador, como forma de proteger a sociedade e os consumidores de forma geral. Nesse sentido, por exemplo, tal prática configurar a tentativa de comercializar unidades autônomas antes do registro do memorial de incorporação, o que é proibido nos termos do art. 32 da Lei n. 4.591/64 (BRASIL, 1964)<sup>44</sup>.

Não obstante, a sociedade em conta de participação é amplamente utilizada de forma lícita em incorporações imobiliárias, hipótese em que o incorporador assume a posição de sócio ostensivo e é responsável pelo desenvolvimento da atividade, enquanto os sócios participantes investem capital com a expectativa de participação nos resultados.

São, portanto, situações jurídicas distintas. De um lado, a sociedade em conta de participação utilizada para formalizar a venda e compra de unidades autônomas do incorporador para o destinatário final. De outro, a sociedade em conta de participação como forma de angariar fundos para o desenvolvimento da atividade, hipótese em que o sócio participante é investidor e não adquirente de unidade autônoma.

Nesse contexto, a sociedade em conta de participação que mascara compra e venda de unidade imobiliária será abordada mais adiante, no capítulo 6, sendo que o presente subcapítulo é destinado à breve análise das sociedades em conta de participação como forma lícita de investimento em incorporações imobiliárias, situação em que a relação jurídica tem natureza societária, não havendo relação de consumo.

De acordo com a Lei n. 4.591/1964, incorporação imobiliária é “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (BRASIL, 1964, art. 28, parágrafo único).

---

<sup>44</sup> “Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos: (...)”.

Segundo Orlando Gomes (2011, p. 1339-1353), a importância da regulamentação da incorporação imobiliária está relacionada com a expansão dos centros urbanos e com o fato de que o mercado imobiliário ter sido direcionado no sentido das edificações em condomínio. Assim, por meio do contrato de incorporação imobiliária, determinada pessoa se obriga a promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas que serão alienadas para diferentes adquirentes, conjuntamente com a respectiva fração ideal do terreno.

Considerando a relevância da atividade e de suas consequências para a sociedade, “[a]s obrigações legais são estabelecidas no propósito de preservar os adquirentes de unidades autônomas de um edifício da levandade ou da malícia do incorporador” (GOMES, 2011, p. 1339-1353), ou seja, “a tônica da Lei 4591/1964, que disciplina a Incorporação Imobiliária, foi justamente no sentido de procurar dar maior segurança ao adquirente” (NERY JUNIOR, 2014, p. 627-665).

São partes da relação os adquirentes de unidades autônomas vinculadas a frações ideais de terreno, assim como o incorporador<sup>45 46</sup>. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “o objeto do contrato de incorporação é promover a alienação de frações ideais de terreno, vinculadas às unidades autônomas, promovendo e realizando a construção de edificações ou conjunto de edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial” (PEREIRA, 2011, p. 243/256). Por outras palavras, “[o] contrato de incorporação tem como objeto a operação jurídica de venda de uma unidade autônoma de edifício construído, em regime de condomínio especial, por pessoa habilitada a promover a construção” (GOMES, 2011, p. 1339-1353).

De acordo com o art. 31 da Lei n. 4.591/1964, apenas poderão ser incorporadores o proprietário do terreno, o promitente comprador, ou o cessionário, o construtor, o corretor de imóveis ou o ente da Federação imitado na posse, sendo que, ademais, nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador (BRASIL, 1964, art. 31, § 2º, Lei n. 4.591). Também é importante destacar que “[o] incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente” (BRASIL, 1964, Lei n. 4.591, art. 32, *caput*).

---

<sup>45</sup> O art. 29, *caput*, da Lei n. 4.591/1964 conceitua o incorporador: “Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas” (BRASIL, 1964).

<sup>46</sup> Por sua vez, o art. 30, da Lei n. 4.591/1964 amplia o conceito de incorporador: “Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras” (BRASIL, 1964).

Logo, a incorporação imobiliária é atividade destinada a promover e realizar a construção de edificações compostas de unidades autônomas, pelo construtor do edifício ou não, sendo que a caracterização da incorporação é consequência da alienação de unidades durante a fase de construção (PEREIRA, 2011, p. 243-256). Assim, não será considerada incorporação imobiliária, nos termos da Lei n. 4.591/1964, a construção de um edifício de apartamentos sem o objetivo de alienar suas unidades, assim como a alienação de unidades de um edifício de apartamentos já concluído.

Nesse contexto, como visto, a venda de unidades autônomas aos destinatários finais deve necessariamente observar as regras estabelecidas pela Lei n. 4.591/1964, assim como os princípios e as regras da Lei n. 8.078/1990, todas as vezes em que estiver caracterizada a relação de consumo. É nessa situação que a alienação de unidades durante a fase de construção não pode ser realizada por meio de sociedades em conta de participação, sob pena da estrutura societária disfarçar contrato de consumo.

Não obstante, a sociedade em conta de participação é instituto hábil para formalizar investimentos em incorporação imobiliária, situação em que o incorporador (sócio ostensivo) recebe recursos do sócio participante, que tem a expectativa de participar dos resultados. A participação pode ocorrer em dinheiro, como, por exemplo, um percentual do valor das vendas, ou mesmo em unidades autônomas.

Scalzilli e Spinelli (2014, p.255) indicam a construção civil é um dos setores em que mais se observa o uso de sociedades em conta de participação. Investidores - sócios participantes - entregam dinheiro, imóvel ou outros bens, cabendo à construtora - sócia ostensiva - aplica-los “...na edificação de prédios, cujas unidades são posteriormente comercializa-las, repartindo-se o resultado da operação com os sócios participantes (investidores), ou entregando a eles o resultado in natura (apartamentos)” (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p.255).

A respeito de tal modalidade de investimento, vale destacar os apontamentos realizados por Affonso (2014, p. 142):

Nesta hipótese, muitos casos envolvem a figura da construtora como sócia ostensiva e responsável por todo o gerenciamento das obras civis. O sócio participante por sua vez, seria o proprietário do imóvel ou do terreno no qual as obras civis serão implementadas ou, ainda, o investidor que tem a intenção de aportar recursos para futuramente aferir resultados (lucros ou prejuízos) ou até mesmo parte ou a integralidade do imóvel em questão.

No caso dos empreendimentos imobiliários, as vantagens para os contratantes da sociedade em conta de participação (construtora e proprietário do imóvel ou investidor) tornam esta modalidade especialmente atrativa em diversos casos.

Isto porque a construtora, na qualidade de sócia ostensiva, pode tornar o seu negócio viável com menos burocracia ao receber injeção de recursos sem que, para tanto,

precise: (i) destinar parte das quotas representativas de seu capital social a um terceiro investidor e (i) registrar documentos em órgãos de registro de comércio.

A estrutura facilitada das sociedades em conta de participação pode trazer vantagens e possibilitar negócios com investidores que desejam aportar recursos em um determinado negócio, mas não desejam vincular-se, perante terceiros, com a construtora elou com terceiros.

Ademais, certamente uma vantagem da utilização das sociedades em conta de participação para estruturar negócios imobiliários diz respeito aos aspectos tributários envolvidos.

Isto porque a sociedade em conta de participação pode adotar regime tributário distinto do adotado pela sócia ostensiva.

### 3.3.2. Pools hoteleiros e flats

Como aponta Pugliese (1996, p.733-762), a evolução da sociedade provocou a intensificação da urbanização, com o desenvolvimento acentuado dos grandes centros urbanos. Com isso, por diferentes motivos pessoas físicas e jurídicas passaram a querer ou necessitar de serviços hoteleiros. E para atender essa demanda surgiram empreendimentos com a característica peculiar de contemplar unidades autônomas, cuja propriedade é privada, e a estrutura para que sejam prestados serviços coletivos de hotelaria, cuja propriedade é comum. Tais condomínios, horizontais ou verticais, podem ser utilizados pelos proprietários ou por terceiros de forma remunerada<sup>47</sup>.

Assim, os flats ou apart-hotéis se diferenciam dos condomínios edilícios em razão dos serviços de hotelaria. Além dos serviços estarem disponíveis às unidades autônomas, é necessário que a parte comum compreenda a estrutura necessária para que os serviços hoteleiros sejam prestados. Cada apartamento pertencerá exclusivamente ao seu proprietário, mas todos serão titulares de uma fração ideal de toda a área comum, que também incluirá cozinha, restaurante, lavanderia, vestiário etc.

E as características próprias de cada empreendimento pode ter como consequência maior restrição ao direito individual de propriedade, em prol da coletividade de condôminos. Nesse

---

<sup>47</sup> É importante diferenciar os flats ou pools hoteleiros, em relação ao contrato de investimento coletivo hoteleiro (condo-hotéis). Segundo Dzik (2019, p.67) “[o] Contrato de Investimento Coletivo Hoteleiro é um “negócio pelo qual o empreendedor negocia a venda de unidades imobiliárias autônomas ou partes ideais de condomínios atreladas a um contrato de participação nos resultados do investimento hoteleiro”. Conhecido como condo-hotel, sua característica peculiar é o fato dos quartos constituírem unidades autônoma, que podem alienadas a terceiros. Entretanto, diferentemente dos flats e apart-hotéis, o condo-hotel é destinado exclusivamente para o uso de hóspedes do empreendimento, de forma que as unidades autônomas não podem ser utilizadas pelos proprietários. A restrição do direito de propriedade é condição do empreendimento e integra a venda e compra da unidade autônoma, sendo que o adquirente apenas fará jus ao rendimento da exploração comercial. Sem que exista legislação a respeito, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM deliberou que os condo-hotéis caracterizam valores mobiliários nos termos da artigo 2º, inciso IX, da Lei Federal 6.385/76, razão pela qual passou a regulamentar as ofertas públicas de distribuição de contratos de investimento coletivo hoteleiro

sentido, por exemplo, nos autos do REsp n. 1.993.893/SP<sup>48</sup>, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da convenção condominial que instituiu a obrigatoriedade do pool hoteleiro e restringiu a gestão dos apart-hotéis a apenas uma sociedade empresária, não admitindo a formação do chamado pool paralelo. Em razão disso, determinou que a “deliberação acerca da administração imobiliária possui natureza coletiva, refletindo o interesse da maioria dos condôminos retratado em convenção, sendo inválida a denúncia do contrato feito por titular de apartamentos”.

É importante observar que “[o] pool hoteleiro corresponde à associação de titulares de unidades imobiliárias que, em conjunto com uma empresa de administração hoteleira, disponibiliza os apart-hotéis para locação a terceiros. A sua finalidade, portanto, consiste na exploração hoteleira coletiva de apartamentos, quartos ou flats pertencentes a vários proprietários, pessoas físicas ou jurídicas”<sup>49</sup>.

Para a prestação dos serviços de hotelaria e comercialização do uso das unidades autônomas, são comumente constituídas sociedades em conta de participação ente determinada sociedade empresária e os proprietários das unidades autônomas. Na condição de sócia ostensiva, a empresa administra os serviços de hotelaria e o uso dos apartamentos por terceiros, cabendo aos proprietários (sócios participantes), a participação nos resultados da atividade.

Aliás, a Secretaria da Receita Federal do Brasil<sup>50</sup> estabeleceu que nas atividades do sistema de locação conjunta de unidades imobiliárias denominado de pool hoteleiro, as sociedades em conta de participação são consideradas constituídas independente de qualquer formalidade, “com o objetivo de lucro comum, onde a administradora (empresa hoteleira) é a sócia ostensiva e os proprietários das unidades imobiliárias integrantes do pool são os sócios ocultos”. Assim, para fins de pagamento de impostos federais, as sociedades em conta de participação são equiparadas às pessoas jurídicas.

Como apontam Scalzilli e Spinelli (2014, p.255):

Uma variante um tanto mais sofisticada de tal negócio é o empreendimento pelo qual são construídos prédios de apart hotel com o dinheiro de investidores (flats, sendo tal espécie de empreendimento também conhecido como pool hoteleiro). Num primeiro momento, esses investidores recebem, em retorno, unidades imobiliárias (isso quando não adquirem as unidades imobiliárias quando já construídas e em operação o empreendimento), sendo que pode, posteriormente, ser transferido o uso de tais imóveis - por meio de uma sociedade em conta de participação - para uma

---

<sup>48</sup> BRASIL, STJ. 3ª Turma - REsp n. 1.993.893/SP – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – j. 23/8/2022

<sup>49</sup> BRASIL, STJ. 3ª Turma - REsp n. 1.993.893/SP – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – j. 23/8/2022

<sup>50</sup> Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 14 de 04 de maio de 2004.

administradora, que opera como sócia ostensiva, locando os apartamentos e repartindo os resultados da exploração do empreendimento com os sócios participantes.

Vale também destacar os apontamentos realizados por Affonso (2014, p.144):

Assim, no chamado pool hoteleiro, uma sociedade especializada na administração de bens de terceiros contratada, na condição de sócia ostensiva, uma sociedade em conta de participação com os proprietários de apartamentos e condôminos de um edifício, que se obrigam na qualidade de sócios participantes e que destinam o imóvel de sua propriedade à exploração hoteleira.

A porção do fundo social que cabe aos sócios participantes é integralizada pela transferência, a título de uso, dos apartamentos de sua propriedade, os quais são locados para terceiros pela sócia ostensiva. A sócia ostensiva, por sua vez, contribui com sua expertise na administração de flats e pool hoteleiros, que envolve a aquisição de móveis e equipamentos, a contratação de funcionários, a exploração de serviços de condomínio, bem como a locação das unidades.

Neste caso, as receitas da sociedade em conta de participação são provenientes de aluguéis dos apartamentos, em como dos serviços prestados pelo flat, tais como serviços de alimentação, lavanderia, dentre outros. Os lucros aferidos pela sociedade em conta de participação são, então, divididos entre a sócia ostensiva e os sócios participantes, nos termos firmados entre eles no ato constitutivo da sociedade em conta de participação.

### 3.3.3. Contratos de Investimento Coletivo

De acordo com o art. 2º, IX<sup>51</sup>, da Lei n. 6.385/1976, são considerados valores mobiliários (CODORNIZ; PATELHA, 2015, p. 48)<sup>52</sup> quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo, que sejam ofertados publicamente e gerem direito de participação, parceria ou remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> A doutrina aponta que a inclusão do inciso IX, inicialmente introduzido pela medida provisória n. 1.637/98, teve o objetivo de submeter os contratos de investimento coletivo à regulamentação e à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários, em razão das irregularidades que vinham sendo sistematicamente cometidas (CODORNIZ; PATELHA, 2015, p. 48)

<sup>52</sup> A Lei n. 6.385/1976 não conceitua valor mobiliário, limitando-se pela enumeração de títulos com características bastante distintas (CODORNIZ; PATELHA, 2015, p. 48).

<sup>53</sup> Para Mattos Filho (1985), “valor mobiliário é o investimento oferecido ao público, sobre o qual o investidor não tem controle direto, cuja aplicação é feita em dinheiro, bens ou serviço, na expectativa de lucro, não sendo necessária a emissão do título para a materialização da relação obrigacional. O investimento é feito ou a nível associativo, a título de empréstimos ou como aplicação especulativa pura. O primeiro tipo normalmente se caracteriza pela participação societária ou empreendimento comum, sendo o lucro do investimento resultante do excesso de receita sobre despesas e provisões eventualmente exigidas por lei. Já os investimentos a título de empréstimo não necessitam da ocorrência de lucro contábil para que o investimento seja remunerado, ressalvada a hipótese de quebra ou insolvência do empreendimento. Normalmente o investimento associativo não goza de garantia colateral, porém, em contrapartida, é dotado de sistema coletivo de deliberação, conforme regras estabelecidas no contrato que acompanha a oferta do valor mobiliário ao público. Finalmente os investimentos puramente especulativos são aqueles normalmente feitos na expectativa de futura ocorrência de variações de preço de dado valor mobiliário, mercadoria, moeda, taxa de juros etc. Estes se materializam nos mercados futuros ou a termo de ações, de *commodities* etc., com o objetivo de diminuir o risco de futura e brusca variação de preço, com a consequente menor oscilação do respectivo mercado”.

Assim, é possível afirmar que o contrato de investimento coletivo tem natureza jurídica de valor mobiliário (BRASIL, 1976, art. 2<sup>a</sup>, IX, da Lei n. 6.385). E como tal, deve observar as regras atinentes a todos os valores mobiliários, o que inclui a submissão administrativa ao Conselho Monetário Nacional e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), com destaque à regulamentação e fiscalização realizada pela CVM (art. 2<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup>, da Lei n. 6.385/1976).

No âmbito da CVM os contratos de investimento coletivo são regulamentados pela Instrução CVM n. 296/1998, que repete a definição legal (art. 2<sup>o</sup><sup>54</sup>) e determina que “nenhuma emissão pública de títulos ou contratos de investimento coletivo poderá ser distribuída no mercado sem prévio registro na CVM” (art. 3<sup>o</sup>). Tal autorização para a comercialização dos contratos de investimento coletivos pressupõe o cumprimento de exigências legais e administrativas que protegem o mercado de capitais e os investidores. Outrossim, quaisquer produtos ou subprodutos destinados a fins comerciais podem ser ativo objeto dos contratos de investimento coletivo (art. 4<sup>o</sup>).

Assim, a análise combinada da Lei n. 6.385/1976 e da Instrução CVM n. 296/1998 possibilita a conclusão de que o contrato de investimento coletivo é o valor mobiliário caracterizado pela oferta pública de quaisquer produtos destinados a fins comerciais, que gerem direito de participação, parceria ou remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

A partir do referido conjunto normativo, Spinelli, Scalzilli, Corradini e Tellechea (2013, p. 243-298) apontam os seguintes elementos <sup>55</sup> do contrato de investimento coletivo: (i) investimento, que pode não ser em dinheiro, mas qualquer bem economicamente avaliável; (ii) empreendimento comum, caracterizado pelo fato do sucesso ser almejado pelo investidor e pelo gestor, havendo assim comunhão de interesses econômicos; (iii) direito de participação, parceria ou remuneração, que corresponde à expectativa de lucros; (iv) esforços do empreendedor ou de terceiros, o que significa que a gestão dos recursos não cabe ao investidor,

---

<sup>54</sup> “Art. 2<sup>o</sup> Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”

<sup>55</sup> De forma parecida, mas menos ampla, Codorniz e Patella (2015, p. 75) também apontam que os precedentes da suprema corte norte americana apontam os elementos para a identificação dos contratos de investimento coletivo: “ Ao afirmar que tal esquema de fato implicava na promoção de contratos de investimento, a Suprema Corte dos Estados Unidos pontuou que um instrumento se qualifica como *investment contract* naquelas hipóteses em que for possível verificar a existência dos seguintes elementos, os quais em conjunto formam o conhecido *Howey Test*<sup>123</sup>: (i) existência de investimento em dinheiro devido a; (ii) expectativa de lucros oriunda de; (iii) empreendimento comum; (iv) que dependa somente de esforços de terceiros. Com o tempo, as cortes norte-americanas desenvolveram cada um dos elementos do *Howey Test* em maior detalhe”

mas sua participação pode ser admitida, desde que as funções ou obrigações essenciais para o sucesso do empreendimento não tenham sido desenvolvidas por ele; e (v) a existência de uma oferta pública, uma vez que os contratos de investimento coletivo somente são submetidos à fiscalização da CVM quando ofertados publicamente, de forma que a venda privada dos referidos contratos não ensejará o controle da CVM.

Em termos práticos, o investidor entrega recursos que serão empregados pelo ofertante no desenvolvimento do empreendimento idealizado, com a expectativa de participar nos resultados. O lucro a ser partilhado deve estar relacionado com a operação realizada pelo empreendedor ou terceiros. O empreendedor desenvolve a atividade sem a participação do investidor, que se sujeita aos riscos do empreendimento.

Em razão das referidas características, Scalzilli e Spinelli (2014, p. 265) afirmam que os contratos de investimento coletivo são “a um só tempo, uma SCP e um valor mobiliário”. Nesse sentido, afirmam que internamente a relação é tipicamente de sociedade em conta de participação, sendo que, entretanto, “a forma como o CIC se apresenta – oferta pública – o caracteriza como valor mobiliário, fazendo com que sobre ele recaiam a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e as regras decorrentes dessa condição”.

Aliás, aprofundando o raciocínio, Spinelli *et al.* (2013, p. 243-298) afirmam que o contrato de investimento coletivo seria uma modalidade especial de sociedade em conta de participação. A especialidade decorreria do fato de ser valor mobiliário, o que provoca a incidência da Lei n. 6.385/1976 e da Instrução CVM n. 296/1998. Assim, haveria uma relação de gênero e espécie, uma vez que todo contrato de investimento coletivo necessariamente consistiria em uma sociedade em conta de participação.

Por fim, é importante observar que a inclusão do inciso IX no art. 2º da Lei n. 6.385/76 teve por objetivo proteger o mercado de capitais e os investidores de forma geral, ao “submeter os contratos de investimento coletivo à regulamentação e à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários, em razão das irregularidades que vinham sendo sistematicamente cometidas” (CODORNIZ; PATELHA, 2015, p. 49). Aliás, “[a] motivação legislativa explícita foram as negociações com “boi gordo”, em que empreendedores captavam investimentos no mercado para utilizá-los na aquisição, criação e engorda de bovinos, comprometendo-se a distribuir aos aplicadores os lucros auferidos com a venda dos animais” (CODORNIZ; PATELHA, 2015, p. 71) <sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> No caso em questão, segundo Sérgio Seiji Shimura (2006, p. 257), em apertada síntese, a Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A desempenhava a atividade de parceria pecuária (art. 1.416 do CC/1916) estabelecendo contrato de compra e venda de animais bovinos, seguida de uma relação jurídica de parceria pecuária, na qual o investidor

Sobre o objetivo de proteção do mercado de capitais e dos investidores em geral, como salientou Shimura (2006, p.257), a regulamentação da distribuição pública de valores mobiliários estabelece regras mínimas, essencialmente de caráter procedimental e informacional, possibilitando que o público em geral avalie a solicitação que lhe é feita de subscrição de valores mobiliários. A CVM garante o acesso às informações necessárias para que o público possa, previamente à subscrição de valores mobiliários, ou da entrega de sua poupança, avaliar os riscos e fundamentadamente realizar a decisão de investimento.

### 3.3.4. Outros casos

A doutrina também indica o frequente uso da sociedade em conta de participação para a aquisição de bens de elevado custo, tais como prensas industriais, sofisticados equipamentos de medicina por imagens e animais reprodutores (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 256).

Em tais casos, os sócios reúnem esforços para a aquisição dos bens de alto custo, que são utilizados de forma compartilhada ou possibilitam a divisão dos frutos, de acordo com as disposições contratuais. Não obstante, as obrigações administrativas e tributárias, por exemplo, recaem exclusivamente sobre o sócio ostensivo.

## 3.4. O controle judicial das sociedades em conta de participação

De forma geral, na sociedade em conta de participação a atividade é desempenhada de forma pessoal e exclusiva pelo sócio ostensivo, que se obriga perante terceiros. Cabe ao sócio participante realizar o investimento. E todos os sócios participarão proporcionalmente dos resultados.

Se os arts. 991 ao 996 do CC, complementado pelo contrato de constituição da sociedade, estabelecem as obrigações para cada um dos sócios, é forçoso reconhecer que o sócio ostensivo e o sócio participante também são titulares de direitos (BRASIL, 2002, art. 991 a 996). Assim, de forma geral, o sócio ostensivo pode exigir que o participante realize o investimento pactuado, participe proporcionalmente dos resultados negativos e se abstenha de interferir nos negócios.

---

entregava os animais para engorda bovina (chamado de mercado de “boi gordo”). Com o advento da medida provisória n. 1.637/98, que introduziu o inciso IX ao art. 2º da Lei n. 6.385/1976, tais contratos foram alçados à condição de contratos de investimento coletivo, Entretanto, de modo ilegal, fraudulento e abusivo, a Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A emitiu papeis e captou recursos no mercado de capitais, sem autorização ou fiscalização do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários. Vale destacar que no inquérito administrativo realizado pela CVM, a conduta que angariou mais de 280 milhões de reais foi descrita da seguinte forma: “...o ato ao qual se imputa irregularidades consiste justamente na *distribuição de valores mobiliários* – através da assinatura de boletins de subscrição de contratos de investimento coletivo, os quais seriam posteriormente trocados pelos CICs, quando da obtenção de registro perante a CVM...”

Por sua vez, o sócio participante poderá exigir que o ostensivo desempenhe as atividades nos termos do contrato, assim como poderá fiscalizar e poderá exigir a prestação de contas como forma específica de dissolução parcial ou de liquidação da sociedade.

Como é natural, diante do descumprimento das obrigações por parte de qualquer dos sócios ou havendo desacordo, a controvérsia deverá ser solucionada pelo Poder Judiciário. E uma vez que a sociedade em conta de participação é espécie de sociedade, a solução de litígios deverá considerar essa realidade.

Assim, diante de eventual descumprimento do contrato, qualquer dos sócios poderá exigir a satisfação da obrigação inadimplida, que poderá ter diferentes naturezas. Em tais situações, considerando as circunstâncias do caso concreto, poderá ser ajuizada ação de conhecimento ou de uma execução fundada em título extrajudicial, tendo por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pagar quantia certa e entregar coisa certa ou incerta.

Já em relação ao direito de fiscalizar, o sócio participante poderá exigir o acesso a documentos e informações relativos ao objeto do contrato, o que tem fundamento no art. 1.021 do CC (BRASIL, 2002). Vale observar que tem prevalecido a orientação de que a referida regra, ao estabelecer que “o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade”, confere ampla possibilidade de acesso a documentos e informações, o que pode ser pleiteado especialmente por meio da ação de produção antecipada de provas.

Ainda em relação à fiscalização, o sócio participante também poderá fazer uso da ação de prestação de contas, com fundamento na interpretação conjugada dos arts. 996 e 1.020 (BRASIL, 2002). É que, por um lado, o art. 996 estabelece que a dissolução da sociedade em conta de participação ocorrerá por meio da prestação de contas. Por outro, o art. 1.020 (BRASIL, 2002) estabelece a obrigação do administrador prestar contas justificadas da sua administração. Logo, é razoável sustentar que antes da dissolução o sócio participante também poderá exigir que o ostensivo preste as contas de sua administração.

Em relação ao rompimento do vínculo entre os sócios, poderá ser pleiteada a dissolução parcial ou total da sociedade em conta de participação, tal como ocorrem em relação aos demais tipos societários contratuais. Assim, respeitadas as peculiaridades de cada caso e suas implicações, as causas geradoras da dissolução parcial da sociedade são aplicáveis à sociedade em conta de participação, tais como o exercício do direito de retirada, a exclusão e a morte (BRASIL, 2002, arts. 1.028, 1.029 e 1.030). Também são aplicáveis às causas de dissolução total, tais como o atingimento do fim social, o término do prazo e o consenso entre os sócios (BRASIL, 2002, art. 1.033).

Por sua vez, em relação à forma específica de dissolução da sociedade, a apuração de haveres (na hipótese de dissolução parcial) ou a liquidação da sociedade (na hipótese de dissolução total), ocorrerão por meio da ação de prestação de contas, com fundamento no art. 996 do CC. Nesse caso, em razão da determinação expressa do Código Civil, deverá ser adotado o procedimento estabelecido nos arts. 550 à 553 do CPC, que disciplina a ação de exigir contas (BRASIL, 2002).

Em relação à prestação das contas aplicada ao direito societário, Bedendi (2021) aponta o interesse<sup>57</sup> em propor a demanda surge da existência de uma administração de um patrimônio alheio, associado à omissão do administrador.

Sobre a forma de prestação das contas, vale transcrever trecho do artigo de Bedendi (2021):

Assim, em síntese, consideram-se contas os débitos, créditos e investimentos decorrentes de relações jurídicas específicas que tenham por objeto o patrimônio social, a exemplo das contas correntes e aplicações financeiras; de mútuos bancários e os respectivos investimentos; de alugueres devidos à sociedade.

O objeto da ação de exigir contas, pois, constitui-se num recorte, numa parcela, dos débitos, créditos e investimentos realizados pelo administrador em face do patrimônio social, devendo o autor especificar e delimitar quais as relações jurídicas que dão origem a eles.

Vê-se, com isso, não haver sobreposição da assembleia geral ordinária pela ação judicial, mas, muito ao contrário, poder a segunda servir de instrumento ao detalhamento das informações mais amplas que contêm as peças contábeis dos balanços patrimonial e de resultado econômico e o inventário.

A ação de exigir contas, portanto, será proposta por sócio contra o administrador, devendo estar delimitada quanto às relações jurídicas que são fonte dos débitos, créditos e investimentos, relativamente ao patrimônio social cuja tomada se pretende, onde, na primeira fase, declarar-se-ão o dever do administrador de prestar as contas em decorrência de sua omissão, e, na segunda, serão aqueles deduzidos em forma adequada para aprovação ou rejeição.

Na mesma linha, Scalzilli e Spinelli (2014, p. 173-177) sustentam que a prestação de contas pode ser realizada de forma mais ou menos ampla, sendo que diante da omissão do art. 996 do CC, é conveniente que a questão seja contratualmente disciplinada pelos sócios. Não obstante, as contas devem ser prestadas na forma mercantil, sendo que “Forma mercantil” significa a “forma usual nas praxes e estilos do comércio. Por isso, deve ser apresentada com as colunas de débito e crédito, lançados, cronologicamente, um a um, todos os ingressos e saídas, devidamente discriminados com a origem do recebimento ou o destino da saída, com a

---

<sup>57</sup> É importante observar que, a partir da análise do art. 1.065 e do art. 1.078 do CC, Bedendi (2021) sustenta que “...para o melhor interesse da sociedade, a prestação de contas judicial não é a via mais adequada, já que limita, precisamente, o direito de fiscalização dos sócios”, assim como que “...carece o sócio de interesse de agir na propositura de uma ação de exigir contas para aprovação das peças contábeis obrigatórias – balanço patrimonial e de resultado econômico -, já que necessária a realização do ato societário da assembleia geral ordinária com a mesma finalidade”. Entretanto, tal entendimento com o qual se concorda em absoluto, não pode ser aplicado à sociedade em conta de participação, em razão da literalidade do art. 996 (BRASIL, 2002).

menção às respectivas datas e acompanhando dos documentos comprobatórios, apurando-se o saldo ao final. Por isso, a expressão mais adequada talvez fosse "forma contábil", ainda que não precise ser elaborada e tampouco assinada por contabilista" (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 174).

## 4. CONTRATOS DE CONSUMO

Até este ponto do trabalho, abordou-se a principiologia específica do regime jurídico empresarial e do regime jurídico consumerista, assim como houve a análise da sociedade em conta de participação como instituto de direito comercial.

O presente capítulo é destinado à breve análise do contrato de consumo como instituto alocado em um sistema próprio e, portanto, sujeito a uma principiologia peculiar. Também serão brevemente analisadas as peculiaridades do regime de nulidades no Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, uma vez compreendidos os contornos da sociedade em conta de participação como instituto de direito empresarial e os contornos do contrato de consumo como instituto do direito do consumidor, será possível analisar a sua incompatibilidade.

Entretanto, antes da análise da sociedade em conta de participação que encobre contrato de consumo, capítulo 6, no capítulo 5 serão analisadas as invalidades do negócio jurídico, com especial atenção aos efeitos do negócio jurídico nulo.

### 4.1. O desequilíbrio natural e o reequilíbrio legal

A análise conjugada dos arts. 2º e 3º do CDC possibilita a afirmação de que o contrato de consumo é a relação jurídica caracterizada pela aquisição de bens ou serviços pelo consumidor, na condição de destinatário final. Em que pese o direito obrigacional esteja no centro do sistema consumerista, o Código de Defesa do Consumidor não disciplina espécies de negócios jurídicos, de forma que não há contratos de consumo típicos.

Com foi abordado no subcapítulo 2.3, o norte direito do consumidor é a relação de consumo. É nesse sentido a afirmação de que o direito do consumidor atua como “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público” (MARQUES, 2022, p. 30), como “sobre-estrutura multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2022, p.15). Assim, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável a todos os ramos do direito, tendo incidência em todas as relações obrigacionais que envolvam fornecedor e consumidor.

A razão de ser do sistema protetivo é a vulnerabilidade do consumidor, no que consiste o seu pressuposto central. Aceitar a ideia de que a desigualdade entre fornecedor e consumidor é permanente possibilita que as normas do Código de Defesa do Consumidor sejam interpretadas e aplicadas no sentido do reequilíbrio das relações jurídicas, da valorização da pessoa e da justiça social. Visto de outra forma, a vulnerabilidade é o traço universal de todos os

consumidores (CAVALIERI FILHO, 2022, p.60), sendo que a aplicação de regras protetivas visa reequilibrar as relações jurídicas, à luz da igualdade e da justiça equitativa” (MARQUES *et al.*, 2021, p. 223).

Em uma síntese objetiva, a exigência constitucional da proteção afirmativa do consumidor e da relação de consumo é consequência da vulnerabilidade do consumidor. A proteção afirmativa do consumidor é fundamental pela perspectiva do indivíduo, o que justificou a identificação como garantia fundamental ((BRASIL, 1988, art. 5º, XXXII), assim como é fundamental pela perspectiva do mercado, razão pela qual a defesa do consumidor também é princípio da ordem econômica (BRASIL, 1988, art. 170, V).

A Constituição Federal de 1988 é permeada pelo ideal da dignidade humana (BRASIL, 1988, art. 1º, III), impondo que o principal objetivo da república seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988, art. 3º, I, e art. 170, *caput*), o que pressupõe a busca pela igualdade substancial (BRASIL, 1988, art. 5º, *caput*).

Como aponta Anderson Schreiber (2007) ao tratar do princípio do equilíbrio contratual<sup>58</sup>:

Não há dúvida de que nosso texto constitucional, ao mesmo tempo que alberga a livre iniciativa e a propriedade privada, caracteriza-se pela adoção de uma tábua axiológica solidarista, elegendo como fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Dentre seus objetivos fundamentais elege a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Consagra, ainda, o direito de todos à igualdade formal e material (art. 5º, *caput*) e determina que a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170, *caput*). Dentre os princípios da ordem econômica, nossa Constituição insere, ainda, "a redução das desigualdades regionais e sociais" (arts. 3º, III, e 170, VII)".

Schreiber (2007, p. 50-59) também aponta que a dignidade humana é o valor fundamental da sociedade contemporânea. E a busca pelo desenvolvimento da personalidade humana em seus múltiplos aspectos se tornou ainda mais importante em razão das consequências do liberalismo individualista, que provocou a despersonalização das relações sociais, a perda generalizada da identidade e o agravamento das desigualdades, com a expansão dos riscos sociais. O contraponto é o reconhecimento da necessidade de pensar no outro, como forma de concretização da dignidade humana, que em seu conceito contemporâneo é informado pela

---

<sup>58</sup> Segundo o autor, “[o] princípio do equilíbrio contratual, como aqui apresentado, resume-se, assim, a veicular um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do Contrato” (p. 73). Assim, “[t]rata-se de um princípio aplicável a todo e qualquer contrato, ancorado na contínua avaliação de merecimento de tutela do seu objeto, desde o nascimento até a extinção da relação contratual” (p. 67). Vale a ressalva, entretanto, que não se trata de um mecanismo de redistribuição de riquezas ou destinado ao reequilíbrio de posições subjetivas, de forma que “[o] que o princípio em tela interessa não são as situações jurídicas em si, mas as suas consequências econômicas, ou seja, os sacrifícios econômicos suportados e os benefícios econômicos auferidos pelas partes em virtude dos direitos e obrigações, sempre *lato sensu*, que compõe o contrato”(SCHREIBER, 2007, p.65).

solidariedade. Assim, “[a] solidariedade humana surge como valor-chave para a leitura e compreensão da nova racionalidade”, provocando a releitura gradual do direito privado, o que compreende a remodelagem do núcleo interno da autonomia privada, que inclusive passa a ser limitada e redimensionada a partir da intervenção do Estado em defesa dos mais vulneráveis.

Como aponta Cavalieri Filho (2022, p.7), a massificação da produção provocou o enfraquecimento do poder de escolha do consumidor, acentuando o desequilíbrio e a desigualdade de forças entre o consumidor e o fornecedor, o que gera a vulnerabilidade técnica, fática e jurídica. Em razão disso, a vulnerabilidade passou a ser requisito do conceito de consumidor, sendo a espinha dorsal do sistema, de forma que o sistema do consumidor é protetivo e parte da premissa da vulnerabilidade, como consequência do desequilíbrio natural entre o consumidor e o fornecedor.

A releitura do direito privado à partir dos ideais da dignidade humana possibilita o reconhecimento de que a boa-fé objetiva “representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas” (SCHREIBER, 2007, p.84), no sentido da imposição de standards de conduta leal e confiável.

Com o aponta Marques (2019, p. 297):

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Ainda sobre o papel da boa-fé objetiva na releitura do direito privado, Teresa Negreiros (1998, p. 261-274) afirma que “[a] interpretação do princípio da boa-fé em chave constitucional revela novos parâmetros através dos quais a relação obrigacional, antes fundada determinadamente no princípio da autonomia da vontade, deve ser enquadrada no sistema jurídico”. E o reenquadramento da relação obrigacional deve ocorrer à luz do conteúdo “eticizante” da boa-fé, concretizando os valores constitucionais.

Portanto, o sistema consumerista reconhece o desequilíbrio natural entre o consumidor e o fornecedor, estabelecendo a presunção de vulnerabilidade com o centro da sua racionalidade. A partir disso, à luz do princípio da dignidade humana e impulsionado pela boa-fé objetiva, o Código de Defesa do Consumidor promove o reequilíbrio das relações obrigacionais. O objetivo do direito do consumidor é reequilibrar as relações de consumo, eliminando as injustiças e preservando o sistema produtivo, como forma de promover a justiça social.

## 4.2. Os contratos no Código de Defesa do Consumidor

Segundo Marques (2022, p. 27), o direito do consumidor é “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante”. Trata-se de decorrência da interpretação conjugada do art. 5º, XXXII, do art. 170, V, da CF e do art. 48 do ADCT-CF/88 (BRASIL, 1988), o que é reforçado pelo reconhecimento de que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social (BRASIL, 1990, art. 1º).

Como visto, os princípios e as regras do direito do consumidor são aplicáveis a todas as relações obrigacionais que forem caracterizadas como relações de consumo. Trata-se de sistema jurídico especial em relação aos demais, provocando a sobreposição dos seus princípios e regras, dando colorido próprio aos institutos jurídicos. Assim, por exemplo, a venda e compra continua sendo contrato típico, disciplinado pelo Código Civil. Mas quando o negócio jurídico envolver fornecedor e consumidor, terá os contornos próprios do sistema consumerista. Nesse sentido, a presunção de paridade entre os agentes será substituída pela presunção de vulnerabilidade do consumidor, com todos os desdobramentos que são inerentes.

Portanto, contrato de consumo é o negócio jurídico disciplinado por outros ramos do direito, remodelado pelos princípios e pelas regras do sistema consumerista, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor. Por essa razão, Nelson Nery Júnior (2022, p.406) faz o alerta pertinente de que “[o] CDC não fala de “contrato de consumo”, “ato de consumo”, “negócio jurídico de consumo”, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões”.

Assim, a análise do contrato de consumo pressupõe a compreensão do que seja o contrato. Segundo Clóvis Beviláqua (*apud* RODRIGUES, 2006, p.9, v.3) trata-se do “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”. Trata-se de negócio jurídico bilateral, “que, para serem formados, se exige o concurso da vontade dos celebrantes” (NERY JUNIOR, 1983, p. 23). Em outras palavras, “é o negócio jurídico que se perfaz com a concorrência de duas declarações de vontade coincidentes, cada uma representando um centro de interesse diferente” (THEODORO JÚNIOR; FIGUEIREDO, 2021, p. 79), ou seja, “é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitando os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, 2002, p. 16).

Uma vez identificado o conceito de contrato, é necessário compreender os contornos específicos quando caracterizada a relação de consumo, com a incidência das regras e da principiologia próprios do regime jurídico consumerista.

Como aponta Cláudio Belmonte (2002), “[c]ontratos de consumo são aqueles por meio dos quais é representada uma relação de consumo, entendida esta como a existente entre fornecedor e consumidor com o objeto de aquisição de produtos ou utilização de serviços por parte deste contratante” (BELMONTE, 2002, p. 99). Relacionando a teoria geral dos contratos e o direito do consumidor, o referido autor observa que “[o]s elementos integrantes de uma relação de consumo são os sujeitos (o fornecedor e o consumidor), o objeto (os produtos e serviços) e o elemento teleológico” (BELMONTE, 2002, p. 100).

No mesmo sentido é a lição de Nelson Nery Júnior (2022, p. 406):

O CDC não fala de "contrato de consumo", "ato de consumo", "negócio jurídico de consumo", mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões.

São elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço "como destinatário final" (art. 2º, caput, última parte, CDC).

Assim, é possível afirmar que o contrato de consumo é o negócio jurídico bilateral (acordo de vontades a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos), tendo como sujeitos o fornecedor e o consumidor, tendo como objeto os produtos e serviços e tendo como finalidade a aquisição de produto ou a utilização de serviço "como destinatário final". Desatacam-se como elementos do conceito, portanto, as noções de consumidor, fornecedor, produtos e serviços, que são extraídas dos arts. 2º e 3º (BRASIL, 1990).

O conceito de consumidor é o centro da tutela especial concedida aos consumidores, tendo sido definido pelo art. 2º do CDC como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Do conceito legal é possível extrair que a única característica restritiva estabelecida pela lei é a condição de destinatário final.

Segundo Cavalieri Filho (2022, p. 80), a expressão “destinatário final” pode ter diferentes amplitudes, de acordo com a corrente doutrinária adotada. Para a corrente maximalista ou objetiva, a expressão deve ser interpretada da forma mais ampla possível, exigindo-se, apenas a identificação de um ato de consumo, de forma que consumidor será considerado o destinatário fático do produto ou serviço, encerrando a cadeia produtiva ao retirá-lo do mercado. A destinação é irrelevante, sendo indiferente se o produto ou serviço é utilizado para atender

necessidades pessoais ou profissionais. Já para a corrente finalista ou subjetivista, a expressão deve ser interpretada restritivamente de modo que a destinação final deve ser econômica, exigindo-se, ainda, a efetiva vulnerabilidade. Assim, o produto ou serviço deve atender uma necessidade pessoal, não sendo possível que seja utilizado no desenvolvimento de atividade comercial, de forma que o consumidor põe fim à atividade econômica, consumindo o bem ou o serviço para a satisfação de uma necessidade própria. Por sua vez, a corrente finalista mitigada admite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para determinadas situações em que profissionais e pequenas empresas demonstrem a vulnerabilidade, mesmo que se trate de consumo intermediário.

Em que haja precedentes adotando a teoria maximalista, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem consolidando a corrente subjetivista para a conceituação de consumidor. Nesse sentido, exemplificativamente é possível indicar o reconhecimento de que o “produtor rural não deve ser considerado destinatário final no contrato de compra e venda de insumos agrícolas, motivo pelo qual não incide, nesses casos, o Código de Defesa do Consumidor”<sup>59</sup>, assim como a afirmação de que “o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva”<sup>60</sup>. Entretanto, é possível afirmar a tendência de acolhimento da teoria finalista mitigada para possibilitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o que se extrai, por exemplo, da afirmação de que “a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica”<sup>61</sup>.

Outrossim, sobre o conceito de consumidor, vale transcrever trecho da lição de Filomeno (2007, p. 26):

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade comercial.

---

<sup>59</sup>BRASIL, STJ. 4ª Turma - AgInt nos EDcl no A REsp n. 2.165.627/RS – Relator. Min. Raul Araújo – j. 8/5/2023

<sup>60</sup> BRASIL, STJ. 4ª Turma - AgInt nos EDcl no A REsp n. 2.165.627/RS – Relator. Min. Raul Araújo – j. 8/5/2023

<sup>61</sup> BRASIL, STJ. 3ª Turma - AgInt no AREsp n. 1.856.105/RJ – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – j. 2/5/2022

Por sua vez, nos termos do art. 3º, *caput*, do CDC, o fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que desenvolve “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Para José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 39), fornecedor é “o protagonista das sobreditas “relações de consumo” responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor”.

Segundo Cavalieri Filho (2022, p.97), o conceito de fornecedor é bastante amplo, abrangendo todo aquele (pessoa física ou jurídica) que atua nas etapas do processo produtivo, até chegar ao destinatário final, podendo ser fabricante, produtor ou intermediários que atuam profissionalmente. Permeiam o conceito as ideias de profissionalidade, habitualidade e finalidade econômica, de forma que o fornecimento casual ou não profissional obsta a caracterização.

Complementando, o art. 3º, §§ 1º e 2º, do CDC, estabelecem que produto é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, assim como o serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Para Filomeno (2007, p. 44), “produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final”, enquanto “serviços podem ser considerados como “atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda”.

Segundo Cavalieri Filho (2022, p. 98), o objeto da relação são produtos ou serviços, de forma que o seu fornecimento corresponde ao direito do consumidor e à obrigação do fornecedor. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, devendo ser considerado em seu sentido econômico, ou seja, naquilo que resulta do processo de produção ou fabricação. Compreende, assim, qualquer bem que tenha sofrido intervenção ou produção. Por sua vez, os serviços são prestados mediante remuneração direta ou indireta, afastando-se apenas os puramente gratuitos.

Portanto, é possível concluir que o contrato de consumo é o acordo de vontades, no âmbito de uma relação de consumo, por meio do qual o fornecedor se obriga a ao fornecimento de determinado produto ou serviço, que é adquirido pelo consumidor, como destinatário final.

Nelson Nery Júnior (2022, p. 438) sintetiza muito bem os elementos do contrato de consumo, de acordo com a lógica que é própria do sistema:

As relações jurídicas que se encontram sob o regime do CDC são as denominadas relações jurídicas de consumo, vale dizer, aquelas que se formam entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor. Os elementos da relação jurídica de consumo são três: a) os sujeitos; b) o objeto; c) o elemento teleológico. São sujeitos da relação de consumo o fornecedor e o consumidor; são objeto da relação de consumo os produtos e serviços. O elemento teleológico da relação de consumo é a finalidade com que o consumidor adquire o produto ou se utiliza do serviço, isto é, como destinatário final. Se a aquisição for apenas meio para que o adquirente possa exercer outra atividade, não terá adquirido como destinatário final e, conseqüentemente, não terá havido relação de consumo. A chave para a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço.

No mais, para a interpretação e aplicação dos contratos de consumo deverão ser consideradas as regras e os princípios que integram o regime jurídico consumerista, dando o colorido próprio ao instituto.

Tratando-se de disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, como já visto, o intérprete deverá ter como norte o fato de que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social – art. 1º do CDC.

Em relação à interpretação dos contratos de consumo, a diretriz do sistema é no sentido da presunção de vulnerabilidade do consumidor, o que tem como consequência a necessidade de interpretação mais favorável, o que deve ser incrementado em razão dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, vale mais uma vez transcrever trecho da lição de Nery Júnior (2022, pp.435/436):

Os princípios gerais de interpretação dos contratos são aplicáveis aos contratos de consumo. Deverá atender-se mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade, de acordo com a norma do art. 85 do Código Civil; a cláusula geral de boa-fé deve reputar-se existente em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste do instrumento do contrato (arts. 4º, caput e nº III; 51, nº IV, do CDC); havendo cláusula negociada individualmente nos contratos de adesão, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; no contrato de adesão, a interpretação de cláusulas ambíguas ou contraditórias se faz *contra stipulatorem*. Mas o princípio maior da interpretação dos contratos de consumo está insculpido no art. 47 do CDC: "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Isso quer significar que não apenas as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo, seja "contrato de comum acordo" (*contrat de gré à gré*), seja de adesão será interpretado de modo mais favorável ao consumidor.

No mais, é importante salientar que a principiologia própria do sistema consumerista e as regras do Código de Defesa do Consumidor tem como consequência a necessidade de ajustes nos negócios jurídicos que caracterizem contratos de consumo.

Por aplicação da boa-fé objetiva, exige-se que o fornecedor e o consumidor se comportem de forma lícita, não apenas de acordo com as obrigações expressamente assumidas, mas no sentido de respeitar as justas expectativas geradas pela oferta, pelas negociações e das vontades manifestadas. É a crença efetiva no comportamento alheio, materializando a confiança na contraparte. Há que se destacar que a boa-fé objetiva é elemento interpretativo e criador de obrigações nos negócios jurídicos, tendo três funções destacadas, de acordo com a lição de Martins-Costa (2000, p.427-472): hermenêutico-integrativa, criação de deveres jurídicos e limitação do exercício de direitos subjetivos. De acordo com a função hermenêutico-integrativa, a boa-fé atua como um “kanon hábil ao preenchimento de lacunas”, que deverá ser utilizado diante de todos os eventos e situações fenomênico e jurídicos que não foram previstos. De acordo com a função de criação de deveres jurídicos <sup>62</sup>, a boa-fé é fonte de deveres instrumentais ou laterais <sup>63</sup>, que não têm origem na declaração negocial ou na autonomia privada, mas encontram fundamento na própria boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA,2000, p. 408). São deveres que atuam de forma autônoma em relação à obrigação principal, tendo caráter “avoluntarístico”, abarcando deveres de cooperação e proteção dos interesses recíprocos, estando relacionados com a “...satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente” (MARTINS-COSTA,2000, p. 408). Já em relação à função de limitação do exercício de direitos subjetivos, que está diretamente relacionada com a proteção da confiança da contraparte, a boa-fé “não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”.

Outrossim, om apoio na obra de Cavalieri Filho (2022), destaca-se ainda: a importância da transparência, que é derivação concretizadora da boa-fé objetiva e impõe a obrigação de que as informações sejam prestadas de forma sincera e clara; a confiança, que é irradiação normativa da boa-fé objetiva, está intimamente ligada à transparência e prestigia as legítimas expectativas dos contratantes; a vulnerabilidade, que é a espinha dorsal da proteção do consumidor, na medida em que a vulnerabilidade é traço universal de todos os consumidores; a equidade, que é o valor inspirador do direito, está relacionado com o modelo ideal de justiça

---

<sup>62</sup> Segundo Martins-Costa (2000, p. 437), em cada relação contratual são alocados certos deveres de prestação, que são divididos em principais ou anexos. Os deveres principais ou primários de prestação são aqueles que integram o núcleo da relação obrigacional e definem o tipo contratual. Os secundários, laterais ou anexos subdividem-se em duas espécies: podem ser meramente acessórios da obrigação principal, quando destinados a assegurar a preparar o cumprimento ou a assegurar a prestação principal; também podem ser de prestação autônoma, quando sucedâneos, coexistentes ou autônomos em relação à obrigação principal.

<sup>63</sup> Martins-Costa (2000, p. 408) aponta as expressões “deveres instrumentais”, “deveres funcionais”, “deveres laterais”, “deveres anexos”, deveres de proteção e colaboração”.

e com a ideia fundamental da igualdade real, o que possibilita que o juiz crie ao aplicar o direito, com igualdade e razoabilidade, na concretização da justa proporção; e a segurança, que é inerente ao fornecimento de produtos e serviços, funcionando como fundamento da precaução e da responsabilidade do fornecedor, diante da probabilidade de dano.

No mais, o rol exemplificativo de direitos básicos do consumidor estabelecido no art. 6º do CDC também é possibilita a identificação de importantes contornos dos contratos de consumo. O inciso I estabelece o direito de proteção da vida e da incolumidade física, o que está relacionado com o direito à segurança e tem como consequência a necessidade de que os produtos e serviços sejam seguros, não bastando que sejam adequados ao fim que se destinam. O inciso II estabelece o direito de educação para o consumo, o que está relacionado com a vulnerabilidade do consumidor e o reequilíbrio das relações obrigacionais por meio da informação, como meio para aumentar o nível de consciência e juízo crítico. O inciso III estabelece o direito à informação<sup>64</sup>, que é reflexo do princípio da transparência, funcionando como instrumento de igualdade e reequilíbrio da relação de consumo, uma vez que a manifestação consciente de vontade pressupõe consentimento informado e esclarecido. O inciso IV estabelece o direito de proteção contra publicidade abusiva ou enganosa, uma vez que a publicidade gera obrigações para o consumidor, além de ser proibida a publicidade enganosa (que contém informações falsas) e a publicidade abusiva (“discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”). O inciso V estabelece o direito ao equilíbrio na relação de consumo, uma vez que o desequilíbrio econômico interfere na liberdade contratual, com a opressão da parte vulnerável, diante do que cabe ao Estado intervir para garantir o equilíbrio da relação. Os incisos VII e VIII estabelecem o direito de acesso aos órgãos administrativos e judiciários, assim como o direito à facilitação da defesa, no sentido de minorar os impactos das desigualdades entre consumidor e fornecedor no âmbito das disputas. O inciso X estabelece o direito ao recebimento de serviços

---

<sup>64</sup> Sobre a importância do dever de informação e a nulidade gerada pelo seu descumprimento, Miragem (2011) aponta: “Como regra geral dos contratos de consumo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 46, que “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” Da mesma forma o art. 54, § 4.º, do CDC, ao disciplinar os contratos de adesão, determina que “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. No direito brasileiro, a aplicação combinada destas duas disposições do Código de Defesa do Consumidor vem conduzindo ao resultado pelo qual o descumprimento do dever de informação do fornecedor determina a ineficácia destas disposições quando houver prejuízo do consumidor”

públicos eficientes, considerando que tais serviços estão diretamente relacionados com os elementos mínimos para a vida digna. Os incisos XI, XII e XIII, que foram introduzidos pela Lei n. 13.181/2021, denominada de “Lei do Superendividamento”, estabelecem direitos no sentido de previdência contra o comprometimento financeiro excessivo, no sentido do crédito responsável, considerando que muitas vezes o consumidor é induzido pela publicidade e mercado de massa.

No mais, em relação ao controle das cláusulas contratuais, como será abordado no subcapítulo 4.3, o Código de Defesa do Consumidor contém sistemática mais rigorosa, sendo que o art. 51 contém rol exemplificativo de situações em que as cláusulas são consideradas nulas de pleno direito. Nesse sentido, Miragem (2011) aponta que as nulidades nos contratos de consumo podem ser consequência do conteúdo, o que está relacionado com a “aptidão de violarem o equilíbrio das prestações das partes ou do poder de direção da execução contratual”, assim como pode ser consequência da forma de contratação, o que está relacionado com a possibilidade do consumidor “tomar conhecimento dos aspectos essenciais do ajuste, assim como das suas consequências e efeitos”.

#### **4.3. O regime de invalidades no Código de Defesa do Consumidor**

Como apontam Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 189), “[a]o reprimir as cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor instituiu no âmbito das relações de consumo um sistema próprio de nulidade, que não é exatamente igual ao do Código Civil nem ao do Código de Processo Civil”.

Tal realidade é consequência do direito do consumidor ser “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante” (MARQUES, 2022, p.27).

Ora, sendo a invalidade a sanção imposta pelo sistema à desconformidade entre o contrato e o Direito<sup>65</sup>, é natural que o Código de Defesa do Consumidor tenha um sistema próprio de nulidades, tendo em vista a necessidade especial de enfatizar a obrigatoriedade dos seus preceitos.

Partindo da premissa de desequilíbrio, o Código de Defesa do Consumidor enfatiza a necessidade de reequilíbrio das partes na relação obrigacional, o que está diretamente

---

<sup>65</sup> Nota – paralelo com penal - achar

relacionado com a presunção de vulnerabilidades do consumidor, pelas perspectivas técnica, jurídica (ou econômica), fática (ou monopolística) e informacional (MARQUES, 2022, p.37).

Entretanto, a efetiva observância das regras protetivas pressupõe a eficiência do sistema sancionatório que lhes dá apoio. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu regras próprias, mais rigorosas, que são supletivamente complementadas pelo Código Civil, de modo que, em razão de suas características próprias, os contratos de consumo estão sujeitos a um o regime peculiar de invalidades.

Para que fique claro o caráter peculiar do regime de nulidades no Código de Defesa do Consumidor, é necessário diferenciá-lo brevemente do regime tradicional, previsto no Código Civil.

Antecipando temas do capítulo 5, tem-se que negócio jurídico é o “[...] ato lícito da vontade humana, capaz de gerar efeitos na órbita do direito” (RODRIGUES, 2006, p. 169). Para produzir os efeitos almejados pelas partes, o negócio deverá existir, ser válido e eficaz.

Pela perspectiva inversa, é possível afirmar que “[o] negócio inexistente é aquele se ressentido de um de seus elementos estruturais (circunstâncias negociais, forma e objeto)”; o negócio inválido é aquele “...celebrado com descumprimento de um dos requisitos de validade, ou seja, em contrariedade ao direito”; e o negócio jurídico ineficaz é aquele que não produz os efeitos que lhe são próprios, no sentido de alterar situações jurídicas, constituindo-as, modificando-as ou extinguindo-as (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 14).

Portanto, a disciplina das nulidades está alocada no plano da validade, ou seja, é o momento em que se analisa a conformidade do negócio jurídico com o Direito. Logo, a invalidade deve ser compreendida como a sanção imposta pelo ordenamento jurídico às hipóteses de desconformidade entre o negócio jurídico e os preceitos legais.

Afirma-se tradicionalmente que os negócios jurídicos inválidos não produzem os efeitos desejados pelas partes, situações em que o negócio será nulo ou anulável (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 26).

E a gradação da invalidade, como causas de nulidade ou anulabilidade do negócio, é decorrência da predominância de interesses públicos ou privados em relação à circunstância geradora da desconformidade com o direito. E no sistema próprio do direito civil, as invalidades (nulidades ou anulabilidades) têm causas e consequências específicas.

Entretanto, como destacado, a sistemática tradicional do direito privado não pode ser aplicada de forma absoluta ao direito consumidor.

Como aponta Nelson Nery Júnior (2022, pp.453/454),

As nulidades têm sistema próprio dentro do Código de Defesa do Consumidor. Não são inteiramente aplicáveis às relações de consumo as normas sobre nulidades inscritas no Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil ou outras leis extravagantes. Mesmo porque os sistemas de nulidade não são uniformes, variando de acordo com a peculiaridade de cada ramo da ciência do Direito.

As invalidades, modernamente, reclamam tratamento microssistêmico, o que foi feito pelo CDC, a fim de poderem atender às peculiaridades existentes no microssistema. O CDC afastou-se do sistema de nulidades do Código Civil, restando, pois, superado o entendimento de que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial para se fazerem atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença judicial para produzirem seus efeitos no ato ou negócio jurídico. Abandonou-se, no sistema do CDC, a dicotomia existente entre as nulidades do Direito Civil (nulidades absolutas e relativas), pois o Código só reconhece as nulidades de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor, base normativa do Código, como de vê no art. 1º: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social...”.

Portanto, atento ao desequilíbrio natural entre o fornecedor e o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabelece regras sensivelmente mais rigorosas para aqueles que fornecem produtos ou serviços, o que é enfatizado por um sistema sancionatório igualmente mais rígido.

O centro desse sistema sancionatório mais rígido é o art. 51 do CDC, que estabelece uma sistemática de nulidade absolutas, o que está relacionado com o fato de que as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social – art. 1º do CDC. Assim, não há no Código de Defesa do Consumidor anulabilidades, mas apenas nulidades.

A partir dessa constatação, seria inclusive possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor não se afastou significativamente do sistema de invalidades do Código Civil, abandonando a dicotomia entre nulidades e anulabilidades. O Código de Defesa do Consumidor teria, apenas, estabelecido a premissa (positivada) de que todos os aspectos da relação de consumo, incluindo as fases pré-contratual, contratual e pós contratual, foram elevadas ao status de normas ordem pública e interesse social – art. 1º do CDC. E mesmo na sistemática tradicional do Código Civil, as normas de ordem pública e interesse social recebem proteção especial, por meio da caracterização de nulidades e não de anulabilidades. Assim, possivelmente, a leitura atual do Código Civil também apontaria para a proteção mais rigorosa dos direitos dos consumidores, a partir do art. 1º do CDC, inclusive como decorrência do *favor debilis*.

Entretanto, não se pode ignorar o contexto histórico do advento do Código de Defesa do Consumidor, quando, ainda na vigência do Código Civil de 1916, o direito privado clássico se preocupava pouco com a justiça distributiva e protetiva, estando mais focado na igualdade e liberdade dos indivíduos (MARQUES, 2022, p. 38). Como consequência, indiscutivelmente o desenvolvimento adequado e efetivo da proteção do consumidor pressupunha a separação do

direito privado clássico, o que compreende a criação de uma sistemática própria e mais rigorosa em relação ao sistema de invalidades<sup>66</sup>.

Não obstante, independentemente da perspectiva pela qual se olha, o fato é que o sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor é diferente daquele previsto no Código Civil.

E o seu maior rigor está fundado em duas premissas positivadas: (i) as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social – art. 1º; (ii) o descumprimento dos preceitos estabelecidos no art. 51 gera nulidade de pleno direito (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, como apontam Marques *et al.* (2021, p. 1077):

O método escolhido pelo CDC para harmonizar e dar maior transparência às relações de consumo tem dois momentos. No primeiro, cria o Código novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores de bens, visando assegurar a sua proteção na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo. No segundo momento, cria o Código normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nestes contratos, assegurando, assim. Uma proteção a posteriori do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo”

E como também aponta Miragem (2011):

A nulidade das cláusulas abusivas, no regime do Código de Defesa do Consumidor, é nulidade de ordem pública (art. 1.º do CDC), ordem pública de proteção. E consta do art. 51 do CDC que são de pleno direito. Daí que se pode considerar que são insanáveis sendo proibidas por configurarem projeção do interesse público, de resto afirmado na Constituição, mediante eficácia reconhecida ao direito fundamental de defesa do consumidor.

Assim, a existência de um sistema mais rigoroso está relacionada com a ideia de que “[a] efetiva igualdade nas contratações, certamente dependerá das restrições legais estabelecidas no Código” (ALVIM *et al.*, 1995, p. 63), com base no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

Por meio de diversos dispositivos, o Código de Defesa do Consumidor veda práticas abusivas (por exemplo, arts. 10, 18, § 6º, 20, § 2º, 21, 32, 33, 36, 37, § 2º, 42, 43, 54-C e 54-G), não apenas de modo, mas também pela perspectiva do bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, como aponta Benjamin (2022, p. 322):

---

<sup>66</sup> É importante salientar que para Miragem (2011) a nulidade absoluta das cláusulas abusivas (art. 51 do CDC) também decorre da noção de abuso de direito (arts. 187 e 927 do CC), que está “intrinsecamente vinculada à existência de uma *ordem pública de proteção*, de resto assentada na previsão constitucional de defesa do consumidor”. Como explica o autor, “[é] do vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor no Código de Defesa do Consumidor que resulta o caráter abusivo das cláusulas contratuais que lhe sejam desfavoráveis, quando violem a comando expresso do art. 51 do CDC, ou em situações nas quais possa se presumir sua imposição pelo fornecedor, dada a desvantagem exagerada que implica para o consumidor”. Em outro trecho, o autor aponta que “[a] invalidade do ato abusivo, deste modo, resulta de uma sanção de nulidade absoluta do ordenamento jurídico em relação ao caráter ilícito do mesmo. Trata-se de nulidade por ofensa à ordem pública, uma vez que atenta contra a autoridade do direito, seja na hipótese do art. 51 do CDC, ou na hipótese do art. 187 do CC/2002”.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.

Assim, pela perspectiva da vulnerabilidade, o Código de Defesa do Consumidor estabelece parâmetros de condutas a serem seguidos pelo fornecedor, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Ou seja, optou-se por enfatizar a proteção contratual do consumidor, considerando a maior vulnerabilidade no campo contratual (BESSA, 2022, p. 405).

E o comportamento positivo ou negativo do fornecedor é estimulado pela regra sancionadora mais rigorosa do art. 51 do CDC, que estabelece rol exemplificativo de nulidades.

Aliás, tamanha é a importância do maior rigor do sistema de invalidades, que o Código de Defesa do Consumidor retomou a terminologia que já havia sido abandonada pelo Código Civil de 1916 (MATTIETTO, 2002, p. 335), enfatizando tratar-se de nulidades de pleno direito<sup>67</sup>.

E Miragem (2011) examina a importância dessa conceituação:

A questão a ser investigada diz respeito ao alcance da expressão *nulidade de pleno direito* e seu reconhecimento pela jurisprudência, na interpretação e aplicação do art. 51 do CDC. A nulidade, já se disse, é a mais intensa sanção civil prevista no ordenamento jurídico, que implica a rejeição absoluta de validade para a cláusula em questão. A nulidade de pleno direito, ou absoluta, segundo a lição de Pontes de

---

<sup>67</sup> Vale observar a relevante crítica apresentada por Guerra (2016, p. 122) ao uso da expressão “nulidade de pleno direito”: ““A expressão “nulidade de pleno direito”, embora não seja empregada explicitamente nos Códigos Civis de 1916 e 2002, é frequentemente referida pela legislação brasileira esparsa, como observa o autor. É o que se vê, por exemplo, no artigo 214 da Lei n. 6.015/73, nos artigos 51 e 53 da Lei n. 8.078/90 e no artigo 45 da Lei n. 8.245/91. Em tais situações, o emprego da expressão destacada é de todo inapropriado. A nulidade tratada nesses dispositivos legais não é de ser considerada “de pleno direito”. Isto é, a nulidade aqui não se opera automaticamente, vale dizer, independentemente de pronunciamento. A nosso ver, como se passa em qualquer invalidade de um negócio jurídico no Direito brasileiro, não podemos prescindir da declaração expressa de nulidade para que assim se posicionem as partes. (...) Dito por outras palavras, no Direito brasileiro não há falar em nulidades “de pleno direito” (considerada na acepção “invalidades que independam de reconhecimento expresso”). Uma vez celebrado o negócio jurídico de forma a incorrer em uma das hipóteses previstas no artigo 166 do Código Civil e tendo sido exigida pela contraparte o adimplemento da obrigação nele consubstanciada, não nos parece ser possível afirmar que a parte obrigada a honrá-lo esteja autorizada a descumprir o negócio jurídico em virtude da simples afirmação da nulidade. É dizer, a nosso visto e como regra, não há a possibilidade de simplesmente aplicar nesse quadro o regime de autotutela pela contraparte invocando a invalidade contratual para eximir-se do cumprimento do estabelecido. (...) Em suma, diante do quanto fixado, não podemos afirmar no Direito brasileiro a existência de nulidades que independam em absoluto de pronunciamento. Ainda que a lei assim a preveja, é necessário que o julgador concretamente a afirme diante de um negócio jurídico presumivelmente válido (e eficaz) a ele submetido. Dizer, portanto, que a nulidade é “de pleno direito” no Brasil não significa acentuar senão que se está diante de uma circunstância precisa e suscetível de prova diante da qual se exclui a possibilidade de arbítrio pelo julgador; “é desse gênero de nulidade que geralmente se trata quando na lei se declara que o ato jurídico é nulo, ou se decreta nulidade ou a pena de nulidade”.

Miranda, é aquela que implica na invalidade do ato nulo, sem que haja possibilidade de saneamento e convalidação do mesmo. O legislador brasileiro - ensina Cláudia Lima Marques - preferiu referir em uma só relação quais as espécies de cláusulas abusivas e sua sanção de nulidade.

Outrossim, o art. 51 do CDC estabelece rol exemplificativo de cláusulas contratuais consideradas nulas de pleno direito, o que tem caráter aberto, como decorrência do uso da expressão “entre outras” no *caput*, assim como em razão do conteúdo dos incisos IV e XV (BESSA, 2022, p.429). De acordo com o inciso IV, não nulas de pleno direito as obrigações consideradas “iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Por sua vez, de acordo com o inciso XV, não nulas de pleno direito as obrigações que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

Segundo Marques *et al.* (2021, p. 1073), o código estabeleceu uma lista única de cláusulas tidas como absolutamente nulas, “praticamente escondendo a norma ou cláusula geral no inc. IV da lista do art. 51 complementado pelo disposto no § 1º e no § 2º”.

E como apontam Arruda Alvim *et al.* (1995, p. 250), as hipóteses elencadas no art. 51 do CDC, que não são taxativas, “serão sempre nulas, qualquer que seja o tipo de contrato (de adesão ou não)”, sendo que “a nulidade deve ser decretada *ex officio* pelo juiz, em qualquer tempo ou grau de jurisdição”.

Nesse sentido, assim destaca Bessa (2022, p. 429):

Portanto, o reconhecimento da abusividade e consequente declaração de nulidade das cláusulas inseridas em contratos de consumo podem e devem ser conhecidas de ofício (*ex officio*) pelo magistrado. Assim, independentemente da formulação de qualquer pedido na ação ajuizada pelo consumidor ou até mesmo quando o consumidor figurar como réu. Trata-se, portanto, de exceção à regra de que "o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes" (art.141 do CPC).

Ademais, as normas do Código de Defesa do Consumidor, por serem de ordem pública e interesse social, não podem ser afastadas ou limitadas por vontade das partes (BESSA, 2022, p. 423), o que torna mais rigorosa a aplicação de institutos destinados à superação das invalidades, tais como a confirmação e a conversão.

Aliás, como aponta Miragem (2011), a sistemática de invalidades do Código De Defesa do Consumidor gera indisponibilidade dos preceitos tanto para o fornecedor, quanto para o consumidor:

A nulidade das cláusulas abusivas, previstas no art. 51 do CDC é uma das mais importantes sanções a projetar, pela via normativa, a proteção do consumidor no direito brasileiro. Trata-se, na exata dicção legal, de nulidade de pleno direito, e representa, no âmbito dos contratos de consumo, espécies de conformação da

autonomia negocial do consumidor, uma vez que restringe a validade jurídica da sua declaração de vontade a normas de ordem pública estabelecidas no Código (art. 1.º do CDC), cuja finalidade é exatamente a de tornar inafastável seus comandos pelo eventual acordo das partes. Reveste, portanto, as normas do Código de Defesa do Consumidor de indisponibilidade, tanto pelo próprio consumidor, quanto pelo fornecedor.

Neste ponto, entretanto, há que se observar que a nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o contrato, salvo quando, apesar dos esforços de integração, a sua ausência impuser ônus excessivo a qualquer das partes.

Como aponta Bessa (2022, p.432):

A sanção, portanto, é negar efeito unicamente para a cláusula abusiva, preservando-se, em princípio, o contrato, salvo se a ausência da cláusula desestruturar a relação contratual, gerando ônus excessivo a qualquer das partes. Cuida-se do princípio da conservação do contrato. O magistrado, portanto, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições - sem a cláusula abusiva - de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar e invalidar todo o negócio jurídico.

Para tornar efetiva a tutela do consumidor, à luz da boa-fé objetiva, “[c]om relação à proteção contratual do consumidor, o magistrado tanto pode invalidar a cláusula abusiva como realizar a modificação do seu conteúdo” (BESSA, 2022, p. 434).

E assim complementa o autor:

A nulidade de pleno direito (nulidade absoluta) é a sanção específica para as cláusulas abusivas. Em homenagem ao princípio da conservação do contrato, expresso no §2º do art.51, o primeiro esforço do juiz deve ser no sentido de afastar unicamente a cláusula abusiva, mantendo-se os efeitos jurídicos das demais disposições contratuais. Se da ausência da cláusula abusiva decorrer ônus excessivo a qualquer das partes, todo o contrato deve ser invalidado, restituindo-se as partes ao estado anterior (art.182 do Código Civil). Nessa hipótese, cabe ao consumidor requerer indenização pelos prejuízos decorrentes da nulidade do contrato.

Além da nulidade, o CDC prevê a possibilidade de alteração do conteúdo da cláusula, promovendo-se a revisão do contrato. A propósito, estabelece o art. 6.º, V, ser direito básico do consumidor "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”

(...)

No momento, o que se pretende destacar é a dupla possibilidade conferida ao juiz: declarar a nulidade (afastando a cláusula) ou promover a modificação da cláusula. Não há incompatibilidade entre os dois regimes. Ao contrário, o princípio da conservação do contrato exige esforço judicial de permanência do vínculo. É possível declarar a nulidade de determinada cláusula-afastando completamente seus efeitos-e, em seguida, integrar o contrato com base em usos e costumes, com exigências da boa-fé objetiva ou expressa disposição normativa sobre o assunto.

(...)

Em suma, o CDC confere, na área contratual, importantes instrumentos ao magistrado - que não se excluem - para evitar a invalidação de todo o contrato: nulidade e modificação da cláusula (BESSA, 2022, p. 434).

Portanto, considerando a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo e a necessidade de reequilíbrio das partes na relação obrigacional, o Código de Defesa do Consumidor estabelece regras protetivas que são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC). E as regras sensivelmente mais rigorosas são enfatizadas por um sistema sancionatório igualmente mais rígido, que tem como centro o art. 51 do CDC, que estabelece uma sistemática de nulidade absolutas. Assim, não há no Código de Defesa do Consumidor anulabilidades, mas apenas nulidades.

#### 4.4. O controle judicial dos contratos de consumo

O objetivo deste subcapítulo é apontar os contornos gerais dos meios para a solução dos litígios envolvendo contratos de consumo, possibilitando a comparação com a forma peculiar do controle judicial das sociedades em conta de participação.

Como já foi destacado, o direito do consumidor é disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, regida por normas de ordem pública e interesse social – art. 1º do CDC. Como também foi visto, a presunção de vulnerabilidade tem diversos desdobramentos no sentido de reequilibrar a desigualdade entre fornecedor e consumidor.

E como não poderia deixar de ser, a mesma lógica deve ser aplicada às situações em que os interesses do consumidor estiverem em litígio. Aliás, o tratamento diferenciado conferido ao consumidor em litígio é direito básico garantido pelo art. 6º, VII e VIII, do CDC. A facilitação da defesa dos direitos em juízo também é decorrência da presunção de vulnerabilidade, da boa-fé objetiva e da equidade, uma vez que além do fornecedor ter mais conhecimento dos processos produtivos, está mais preparado e acostumado com as disputas.

Pela perspectiva das demandas individuais, os pressupostos processuais<sup>68</sup> e as condições da ação<sup>69</sup> são os mesmos que são tradicionalmente aplicados no direito processual civil, assim

---

<sup>68</sup> Sobre os pressupostos, é importante transcrever nota ilustrativa de Nery Júnior e Nery (2023, p.1.061): “São pressupostos processuais de existência da relação processual: a) jurisdição; b) citação; c) capacidade postulatória (CPC 104 § 2º), apenas quanto ao autor; d) petição inicial. São pressupostos processuais de validade da relação processual: a) petição inicial apta (v. CPC 330); b) citação válida; c) capacidade processual (*legitimatío ad processum*) (CPC70e71); d) competência do juiz (inexistência de incompetência absoluta: material ou funcional); e) imparcialidade do juiz (inexistência de impedimento do juiz - CPC 144 e 147). São pressupostos processuais negativos, isto é, circunstâncias que, se verificadas no processo, ensejam sua extinção sem resolução do mérito: litispendência, perempção ou coisa julgada (CPC485V). A convenção de arbitragem (CPC 485 VII) não é pressuposto processual porque matéria de direito dispositivo, que, para ser examinada, necessita da iniciativa do réu. Caso o réu não alegue, o processo prossegue e vai ser julgado perante a jurisdição estatal, em processo regular. A ausência de alegação do réu torna a justiça estatal competente para julgar a lide, não havendo nenhuma invalidade no processo, que não será extinto pelo CPC485 VII”.

<sup>69</sup> Sobre as condições da ação, é importante transcrever nota ilustrativa de Nery Júnior e Nery (2023, p.1061): “Nota-se, de início, que o CPC não se utiliza, expressamente da expressão “condições da ação”, por opção. Nem precisaria fazê-lo pois definir conceitos jurídicos não é tarefa da lei, mas da doutrina, conforme antiga advertência

como as ações e os procedimentos são aqueles estabelecidos no Código de Processo Civil e na Legislação extravagante.

E distinção está em pequenos ajustes feitos pelo próprio legislador, com o intuito de diminuir as consequências da disparidade de armas entre o fornecedor e o legislador, no sentido de reequilibrá-los. Essas são as principais regras processuais que materializam o comando do art. 6º, VII e VIII, do CDC, em relação às demandas individuais: a possibilidade do juiz reconhecer de ofício a nulidade da cláusula de eleição de foro abusiva, hipótese em que será determinada a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu (BRASIL, 1990, art. 63, § 3º); a possibilidade do juiz, de ofício ou a requerimento, controlar a validade dos negócios jurídicos processuais, podendo recusar a aplicação quando for reconhecida a nulidade ou a inserção abusiva em contrato de adesão ou quando houver manifesta vulnerabilidade de uma das partes (BRASIL, 1990, art. 190, parágrafo único); a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, uma vez demonstrada a probabilidade do direito ou a hipossuficiência (BRASIL, 1990, art. 6º, VIII e art. 373, § 1º); possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica toda vez que a personalidade jurídica for de alguma forma obstáculo para o ressarcimento do consumidor (BRASIL, 1990, art. 28, § 5º); a possibilidade do ajuizamento da ação de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço no domicílio do consumidor (BRASIL, 1990, art. 101, I); a impossibilidade de denúncia da lide pelo fornecedor, tornando mais difícil a satisfação do direito do consumidor, com exceção há hipótese de seguro de responsabilidade (BRASIL, 1990, arts. 88 e 101, II).

Outrossim, em razão da relevância dos interesses dos consumidores e do potencial grande impacto das práticas abusivas por parte dos fornecedores, o sistema possibilita a tutela coletiva dos direitos do consumidor.

---

dos textos romanos. Condições da ação é um conceito doutrinário antes de tudo. O ex-CPC/1973 267 VI mencionava expressamente a expressão "condições da ação" como sendo a legitimidade para a causa, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. O CPC vigente não menciona mais a expressão "condições da ação", mas prevê a extinção do processo sem resolução do mérito quando não estiverem presentes a legitimidade das partes e o interesse processual. Isso não significa que a lei aboliu conceito que é, repita-se, precipuamente doutrinário. (...) Não há nenhum problema em continuar a fazer referência à expressão condições da ação, porque o sistema da lei não é incompatível com essa categoria doutrinária. De outra parte, interesse e legitimidade possuem status diferenciado em meio às demais questões preliminares, o que ainda se percebe pelo fato de o CPC 17 fazer expressa menção ao interesse e à legitimidade, de forma separada e destacada, como exigências para que se possa propor e contestar ação. A possibilidade jurídica do pedido não é mais condição autônoma da ação, porquanto integra o instituto do interesse processual: se o pedido for juridicamente impossível, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito porque o autor é carecedor da ação por falta de interesse processual. Lei não revoga doutrina que é livre para expressar-se de *lege lata*, de *lege ferenda* e, inclusive, *contra legem*".

Segundo Pizzol, “[a] ação coletiva é aquela que visa à tutela de direito coletivo *lato sensu*, podendo ser de conhecimento ou de execução” (PIZZOL, 2019, p.74).

O caráter peculiar dos direitos coletivos em sentido amplo tem como consequência a necessidade de regras processuais sensivelmente diversas das regras tradicionais, concebidas a partir da concepção de litígios de caráter individual.

Nas palavras de Arruda Alvim *et al.* (1995, p. 361), “[o] que parece importante é ter-se presente que as ações coletivas emergiram no contexto de uma temática inteiramente diferenciada, daquela em que se assenta o processo tradicional, de caráter individual”.

Da legislação é possível extrair o arcabouço de regras procedimentais destinadas à tutela específica dos direitos coletivos em sentido amplo, com tratamento peculiar de temas sensíveis, tais como legitimidade e coisa julgada, sendo que a conjugação de tais regras dá origem ao microsistema das ações coletivas. O centro do microsistema é formado pelo art. 90 da Lei 8.078/90 e pelo art. 21 da Lei n. 7.347/1985.

Segundo Pizzol (2019):

O microsistema das ações coletivas é composto, especialmente, pelo CDC (artigos 90 e 110 a 117) e pela LACP (artigo 21), aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC), por ser o diploma legal que contém as normas processuais gerais (artigos 19 da LACP e 90 do CDC), tudo à luz da CF. Ressalte-se que, além dos diplomas legais indicados, há outras leis que cuidam da tutela coletiva e que também integram, em sentido amplo, o microsistema.

Pode-se extrair do microsistema o princípio da perfeita interação entre o CDC e a LACP. Isso porque o art. 90 do CDC prevê a aplicação às ações por ele regidas das regras contidas na LACP e o art. 21 da LACP, por sua vez, prevê que as normas contidas no CDC (especialmente o Título III, que é aquele que concentra as regras processuais) se aplicam às ações civis públicas. Além disso, o CDC (artigos 110 a 117) promoveu várias alterações na LACP, exatamente para adaptar os dois diplomas legais.

Portanto, a existência de um microsistema de normas processuais possibilita a tutela eficiente e adequada dos direitos e interesses transindividuais, especialmente com o intercâmbio de normas e institutos.

Tal construção ganha ainda mais relevo ao se considerar a insuficiência e a inadequação dos institutos ortodoxos do direito processual civil, que foram concebidos a partir da ótica dos direitos individuais. Assim, com aplicação para todo microsistema das ações coletivas, o art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90 classifica os direitos e interesses<sup>70</sup> coletivos em sentido

---

<sup>70</sup> Segundo Arruda Alvim *et al.* (1995, p. 361) “... a utilização conjunta de “interesses e direitos” deve-se, em parte à própria indeterminação conceitual nítida, e, de outra parte, ao objetivo de que se aumente o rol dos bens juridicamente protegíveis, ainda que de “interesses” sejam denominados, e mesmo que essa proteção seja exercida por outrem, que não o seu titular. E isto é assim, justamente porque, há uma série imensa de “interesses”, para os quais, a defesa individual é praticamente inviável.

amplo em três espécies: (i) são difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; (ii) são coletivos em sentido estrito “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; (iii) são individuais homogêneos “os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

É importante destacar que a qualificação do direito como difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo depende das características da demanda, o que deve ser identificado a partir o pedido e da causa de pedir. Ou seja, não existem direitos propriamente difusos, coletivos ou individuais homogêneos. É a pretensão posta em juízo que definirá a maneira e a amplitude pela qual a violação do direito será tutelada pelo Poder Judiciário.

Diferenciando as espécies de direitos coletivos em sentido amplo, é possível afirmar que direitos e interesses difusos remetem à ideia de transindividualidade, sendo marcados pela indeterminação dos sujeitos e pela indivisibilidade do objeto, sendo que a lesão a uma pessoa indeterminada significa a lesão a todas, tendo como denominador comum determinadas circunstâncias de fato.

Segundo Nery Júnior e Nery (2010, p. 341):

São direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. É difuso, por exemplo: o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de publicidade não enganosa e não abusiva.

Por sua vez, direitos e interesses coletivos em sentido estrito têm como marca a natureza indivisível e a titularidade por grupo, categoria ou classe, sendo que as pessoas estão ligadas entre si ou com a parte contrária em razão de uma relação jurídica base.

Aqui os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível. É coletivo, por exemplo: o direito dos alunos de determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p.341).

No mais, direitos e interesses individuais homogêneos têm como característica marcante a origem comum.

São os direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a class action brasileira (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p.341).

Portanto, como demonstrado, a partir da perspectiva específica em que os direitos e interesses transindividuais são tutelados, é possível classificá-los como difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.

Em relação às peculiaridades do procedimento, vale mencionar a legitimidade e a coisa julgada.

Segundo o art. 82 da Lei n. 8.078/90, são legitimados para promover ações coletivas: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos coletivos, dispensada a autorização assemblear.

Como ensina Kazuo Watanabe (2022, p.754):

A legitimação para agir foi ampliada não somente para ensejar o acesso às demandas essencialmente coletivas (art.81, parágrafo único, n I e II), como também para permitir a tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais ligados entre si pelo vínculo da homogeneidade.

A ampliação foi ao ponto de permitir que as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, mesmo sem personalidade jurídica, possam ter acesso à justiça, desde que especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código (art.82, n° III). As associações passaram a ter legitimação ad causam pela só autorização estatutária decorrente da enunciação de seus fins institucionais (art.82, n IV).

Todavia, não se chegou a ponto de legitimar a pessoa física às ações coletivas talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da "representatividade adequada" (v. adiante, comentários n 2 e 7 ao art.82), possivelmente para se manter um ponto de distanciamento em relação à legitimação para a ação popular.

Portanto, o objetivo do legislador foi estabelecer de forma ampla a legitimidade concorrente de entes e instituições capazes de zelar pelos direitos e interesses transindividuais, maximizando a possibilidade de uma tutela adequada dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Por sua vez, a coisa julgada também é peculiar nas ações coletivas, sendo que os arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078/90 centralizam sua disciplina<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Segundo Nery Júnior e Nery (2010, p.349): “O CDC 103 aplica-se a todas as ações coletivas que versem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que ajuizadas com base na LACP. Essa incidência se dá por força da LACP 21. O regime da coisa julgada da LACP 16, com a redação dada pela L 9494/97, não mais se aplica a nenhuma ação coletiva. Não se aplica porque tem abrangência restrita, sendo que o sistema do CDC 103 é mais completo e atende às necessidades das sentenças proferidas nas ações coletivas. A LACP 16 também não pode ser aplicada a nenhuma ação coletiva por ser inconstitucional, já que ofende os princípios constitucionais do direito de ação (CF5.º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade. Qualquer modificação na LACP 16 ou no CDC 103 para restringir os limites subjetivos da coisa julgada a território, o que per se é um absurdo jurídico ímpar, abstraindo-se de sua inconstitucionalidade, para que pudesse ter eficácia, deveria ter sido feita não apenas na LACP 16, mas também no CDC 103. Como isso não ocorreu, a L 9494/97

De acordo com o art. 103 da Lei n. 8.078/90 nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada: (i) erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; (ii) ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; (iii) erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Segundo Patrícia Miranda Pizzol (2019):

Em se tratando de interesse ou direito difuso (inciso I do parágrafo único do art. 81), sendo promovida ação coletiva por um dos legitimados do art. 82 (ou por mais de um em litisconsórcio), a coisa julgada será erga omnes, salvo se o pedido deduzido em juízo for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (inciso I do art. 103).

Se o interesse ou direito for coletivo stricto sensu (inciso II do parágrafo único do artigo 81), formar-se-á coisa julgada ultra partes para o grupo, categoria ou classe, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que, assim como na hipótese anterior, poderá qualquer legitimado propor nova ação, desde que com nova prova (inciso II do artigo 103).

Nas duas hipóteses supramencionadas, conforme o preceito contido no § 1º do art. 103 do CDC, os efeitos da coisa julgada "não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe", ou seja, não ficarão impedidas as vítimas de promover as respectivas ações individuais, com o fito de obter o reconhecimento do seu direito individual.

Se o direito for individual homogêneo (inciso III do parágrafo único do artigo 81), a coisa julgada será erga omnes, no caso de procedência do pedido (BRASIL, 1990, art. 103, III). Em outras palavras, a vítima ou seu sucessor poderá promover liquidação e/ou execução fundada na sentença de procedência, não sendo necessário o ajuizamento de ação condenatória. Sendo este julgado improcedente, poderá o indivíduo promover sua ação individual condenatória, desde que não tenha ingressado no processo coletivo como litisconsorte ou assistente litisconsorcial (BRASIL, 1990, art. 103, § 2º).

---

*não produziu nenhum efeito. O juiz não poderá restringir os limites subjetivos da coisa julgada como preconizado pela LACP 16; deve aplicar o CDC 103, ignorando aquela norma inconstitucional”*

## 5. INVALIDIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

O capítulo 3 foi destinado à análise da sociedade em conta de participação no direito empresarial, enquanto o capítulo 4 foi destinado à análise do contrato de consumo. Com isso, foi possível identificar os institutos que estão no centro deste estudo, para que sejam confrontados. Assim, o capítulo seguinte a este, de número 6, será destinado à análise da situação peculiar em que as sociedades em conta de participação são usadas para esconder contratos de consumo.

Para que tal confronto seja possível, o presente capítulo é destinado ao breve estudo da invalidade do negócio jurídico e dos efeitos do negócio jurídico nulo. Como será demonstrado, a opção por ocultar o contrato de consumo por meio do uso de sociedade em conta de participação está relacionada com a tentativa de evitar a incidência das normas de ordem pública e interesse social que compõe o Código de Defesa do Consumidor. Busca-se, portanto, contornar as exigências da lei imperativa, na tentativa de evitar a aplicação de um sistema mais rigoroso, por ser protetivo do consumidor, que é a parte vulnerável na relação obrigacional.

Em tais casos o negócio jurídico que foi externalizado (sociedade em conta de participação) será nulo. Mas reconhecida a nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação, o que fazer com o contrato de consumo? A solução mais simples é o reconhecimento da nulidade total, de forma que as partes retornarão ao estado anterior. Mas será essa a solução que resguarda da melhor forma os direitos do consumidor? Aparentemente o reconhecimento da nulidade total do negócio jurídico favorece apenas o fornecedor, que além de ser a parte mais forte na relação obrigacional, é quem descumpriu de forma mais intensa os princípios e as regras do Código de Defesa do Consumidor. Assim, aparentemente a incidência dos princípios da boa-fé objetiva e da vulnerabilidade exigirão que o intérprete considere o contrato de consumo, que é o negócio jurídico subjacente e no qual recaem as verdadeiras e justas expectativas das partes.

Mas caso o caminho interpretativo escolhido seja no sentido de reconhecer os efeitos do contrato de consumo, será necessário, de alguma forma, reconhecer que o contrato de constituição da sociedade em conta de participação, mesmo nulo, terá produzido efeitos. Assim, é necessária a análise dos efeitos do negócio jurídico nulo.

O presente capítulo, portanto, é destinado ao estudo da invalidade do negócio jurídico e à sua superação. Para a otimização do estudo, optou-se por um recorte que contempla os institutos pertinentes com o presente trabalho, de forma que serão abordados: os aspectos gerais dos negócios jurídicos, nos planos de existência, validade e eficácia; os aspectos gerais da

invalidade dos negócios jurídicos; a fraude à lei e a simulação, que são as causas de nulidades aplicáveis ao problema proposto; as consequências do reconhecimento da invalidade dos negócios jurídicos, em especial a sua superação, por meio da conservação, da redução parcial e da conversão substancial.

### 5.1. Noções gerais sobre a invalidade do negócio jurídico

O negócio jurídico<sup>72</sup> é o “[...] ato lícito da vontade humana, capaz de gerar efeitos na órbita do direito” (RODRIGUES, 2006, p. 169, v.3), sendo a vontade revelada através da declaração<sup>73</sup>, um dos seus elementos essenciais. Ou seja, trata-se do “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (RODRIGUES, 2006, p.9), tendo como elemento marcante “a concorrência de duas declarações de vontade coincidentes, cada uma representando um centro de interesse diferente” (THEODORO JÚNIOR; FIGUEIREDO, 2021, p. 79).

Assim, por meio do negócio jurídico, é reconhecida a possibilidade de concretização dos efeitos pretendidos pelas partes, de acordo com a vontade que foi manifestada. Mas é preciso que o negócio jurídico celebrado seja apto à produção dos efeitos almejados, para que as partes efetivamente adquiram, resguardem, modifiquem ou extingam direitos. O negócio jurídico deve, portanto, existir, ser válido e ser eficaz.

Nesse sentido, em que pese o Código Civil tenha adotado a concepção bipartida<sup>74</sup> do negócio jurídico, deixando de tratar expressamente a perspectiva da existência, é importante compreender os planos da existência, validade e eficácia.

---

<sup>72</sup> Vale transcrever o conceito apresentado por Nery Júnior (1983, p.7): “Negócio jurídico é o ato jurídico celebrado com declaração e manifestação de vontade dirigida, especificamente, a um fim determinado. Enquanto no ato jurídico há manifestação da vontade, querida ou não, no negócio jurídico essa manifestação além de querida, pretende atingir um objetivo predeterminado. Pode não alcançar efeito desejado, mas esse efeito foi querido”.

<sup>73</sup> Segundo Rodrigues (2006, p.171): “Entre os elementos essenciais do negócio jurídico figura, em primeiro lugar, a vontade humana pois, vimos, o negócio jurídico é fundamentalmente um ato de vontade. Todavia, como a vontade é um elemento de caráter subjetivo, ela se revela através da declaração, que, desse modo, constitui, por sua vez, elemento essencial”.

<sup>74</sup> Sobre a alteração, vale transcrever a nota de José Carlos Moreira Alves (2003, p. 105): “Na ordem de matérias observada, no tocante ao negócio jurídico, pelo Projeto, prevaleceu, afinal, no seio da sua Comissão Elaboradora, o sistema originariamente proposto no Projeto parcial relativo à Parte Geral: não se segue a tricotomia existência-validade-eficácia do negócio jurídico, posta em particular relevo, no Brasil, por Pontes de Miranda, no seu Tratado de direito privado. A objeção de que a sistemática que veio a preponderar seria antiquada, antepôs-se-lhe a demonstração de que a observância daquela tricotomia, que para efeito de codificação se reduziria à dicotomia validade-eficácia, conduziria a discrepâncias desta ordem: a) no capítulo “Da validade dos negócios jurídicos”, tratar-se-ia apenas dos casos de invalidade do negócio jurídico (nulidade e anulabilidade); b) no capítulo dos negócios jurídicos”, não se abrangeriam todos os aspectos da eficácia, mas apenas uma parcela deles (os

Segundo, Renan Lotufo (2004, p. 280):

O plano da existência é o dos elementos, porque elemento é tudo o que entra na composição de alguma coisa, é cada parte integrante da essência de um todo.  
O plano da validade é o dos requisitos do negócio jurídico, porque estes são condição necessária para a obtenção de certo objetivo, ou seja, para atingir certo fim.  
O plano da eficácia é o das circunstâncias, entendidas estas como as situações, estado ou condição das coisas, ou das pessoas, em um momento determinado.

Lotufo (2004) ainda indica a necessidade de se adotar um método de exclusão, "...ou seja, verificar progressivamente se o negócio é existente, depois, se é válido, e, finalmente, se é eficaz. Porque se não for existente, não será nem válido nem eficaz. Já se não for válido, não deverá ser eficaz, é se não for eficaz, não deverá merecer a atenção do operador do Direito" (LOTUFO, 2004, p.280).

De forma similar, Antônio Junqueira Azevedo (2002, p. 31) sustenta que o exame do negócio jurídico deve ser realizado por meio da técnica de eliminação progressiva:

O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de técnica de eliminação progressiva. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito "ato inexistente") e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito).

Assim, para que produza os efeitos almejados pelas partes, o negócio jurídico deve existir, ser válido e eficaz, o que deve ser constatado por meio de uma análise progressiva e de exclusão.

No plano da existência são considerados os elementos que compõe o negócio jurídico, sem os quais não seria possível reconhecer a sua existência, ou seja, "tudo aquilo que compõe a sua existência no campo do direito" (AZEVEDO, 2002, p. 31). Segundo Silvio Rodrigues(2006)<sup>75</sup>, trata-se dos elementos estruturais, ou seja, aqueles que constituem o seu conteúdo, podendo ser classificados em vontade humana, idoneidade do objeto e forma<sup>76</sup>.

---

impropriamente denominados elementos acidentais do negócio jurídico)" (A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, p. 105).

<sup>75</sup> Silvio Rodrigues (2006, p. 171) aponta que os elementos essenciais do negócio jurídico são: (i) vontade humana; (ii) idoneidade do objeto; (iii) forma.

<sup>76</sup> É importante destacar que Azevedo (2002, p 31-40) classifica os elementos do negócio jurídico em três grupos: (i) elementos gerais, que são comuns a todos os negócios; (ii) elementos categoriais, que são específicos de cada tipo de negócio; (iii) elementos particulares, sendo "aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócios.

O primeiro elemento é a vontade humana, que é exteriorizada por meio da declaração. Assim, sendo o negócio jurídico fundamentalmente um ato de vontade, revelado por meio da declaração, a ausência da vontade acarreta necessariamente na inexistência do negócio. O segundo elemento é a idoneidade do objeto, que deve ser considerada em relação aos efeitos pretendidos pelas partes. Assim, para que o negócio exista, o objeto não pode ser inidôneo para a produção dos efeitos pretendidos. É o que ocorre, por exemplo, com a fungibilidade do bem em relação ao mútuo. O terceiro elemento é a forma, que será elemento estrutural do negócio sempre que houver exigência legal. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos com valor superior a trinta vezes o valor do salário-mínimo, nas hipóteses do art. 108 do CC.

Vale transcrever trecho ilustrativo por meio do qual Azevedo(2002, p. 32) sintetiza os elementos gerais intrínsecos<sup>77</sup>:

Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Quais são eles exatamente? A rigor, tomada a palavra elemento, em seu significado já definido, somente aquilo que efetivamente constitui o negócio é que poderia ser considerado elemento, ou seja: a forma, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.), o objeto, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc.) e, finalmente, as circunstâncias negociais, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele *quid*, irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.

Por sua vez, no plano da validade são considerados os requisitos do negócio jurídico, que são as condições necessárias para a obtenção de certo objetivo. Ou seja, a validade é a condição para que o negócio entre no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as normas jurídicas e, portanto, ser regular (AZEVEDO, 2002, p. 42).

Os requisitos do negócio jurídico constam expressamente do art. 104 do CC, sendo eles: o agente ser capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prescrita ou

---

<sup>77</sup> Em que pese a inegável relevância da classificação proposta, para os fins deste serão considerados apenas os elementos gerais intrínsecos, observando que o autor subdivide os elementos gerais em intrínsecos e extrínsecos: “Todavia, embora somente esses três sejam os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, de todo e qualquer negócio jurídico, a verdade é que pelo menos mais três elementos existem, que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico e que este, por nelas estar enquadrado, também possui. Assim, se o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, torna-se óbvio que não há negócio sem um agente (do verbo *agere*, cujo particípio passado é *actum*); e se o ato jurídico, por sua vez, é espécie de fato jurídico, considerando que não há fato que não ocorra em determinado ponto do espaço e em determinado momento, todo negócio jurídico tem também, indispensavelmente, lugar e tempo. Os elementos gerais extrínsecos, portanto, são três: tempo, lugar e agente, dos quais os dois primeiros são comuns a todo fato jurídico e o último, ao ato jurídico em sentido amplo. Esses elementos são não apenas extrínsecos, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem antes de o negócio ser feito” (Azevedo, 2002, p. 32).

não defesa em lei<sup>78</sup>. A capacidade do agente é pressuposto de validade do negócio jurídico na medida em que a declaração deve ser consciente e voluntária, formando-se no íntimo do agente e chegando ao destinatário, o que pressupõe discernimento em relação à vontade negocial, que é a intenção de autorizados e tutelados pelo ordenamento jurídico (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 6). Outrossim, em relação ao segundo pressuposto, o objeto do negócio não pode ser contrário à lei, à moral e aos bons costumes, assim como deve ser potencialmente realizável, ao menos de forma relativa, pelas perspectivas natural e jurídica (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 7). Ademais, em relação ao terceiro pressuposto, devem ser observadas as formalidades legais, nas hipóteses em que são exigidas pelo ordenamento jurídico, o que é exceção à regra da forma livre.

No plano da eficácia, o fenômeno está relacionado com a produção dos efeitos próprios do negócio realizado, ou seja, mesmo estando presentes os elementos que garantem a sua existência e validade, são consideradas as circunstâncias que revelam a produção dos efeitos jurídicos almejados, materializada pela alteração da relação jurídica existente até então (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 9). Não se trata de qualquer eficácia prática, mas da eficácia própria ou típica, referente aos efeitos manifestados como queridos (AZEVEDO, 2002, p. 49). Assim, “[n]o plano da eficácia, pois, é possível identificar a efetiva alteração provocada pelo negócio jurídico” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 11). Uma vez que a ineficácia indica a falta de produção dos efeitos do negócio, pode ser classificada como simples ou relativa, nas hipóteses em que a falta de produção de efeitos seja plena ou apenas gere a inoponibilidade do contrato para terceiros (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 9).

Portanto, em apertada síntese, “...temos: no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito” (AZEVEDO, 2002, p. 63).

De outra maneira, com apoio em de Bdine Júnior(2010, p. 14), é possível afirmar que “[o] negócio inexistente é aquele se ressentido de um de seus elementos estruturais (circunstâncias

---

<sup>78</sup> Citando Renan Lotufo, Alexandre Guerra (2016, p. 55) sustenta a existência de um quarto requisito de validade dos negócios jurídicos: “Além dos requisitos acima, Renan Lotufo visualiza na boa-fé o “quarto requisito” de validade de todo negócio jurídico. Razão lhe assiste, a nosso ver. Lotufo identifica o “quarto requisito” na regra constante no artigo 113 de referido diploma, segundo a qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Dentre outras funções, a boa-fé (boa-fé lealdade) ocupa o papel de uma verdadeira “regra de calibração de todo o sistema jurídico. As “regras de calibração”, como diz Torquato Castro Junior, são “lugares-comuns”, os quais atendem às necessidades do Direito; “como o termostato de uma geladeira, servem para regular a dinâmica funcional do sistema, de modo a conservar o seu equilíbrio, impedindo que ele incorra em disfunção”. Seja como “quarto elemento”, seja como “regra de calibração”, realmente a boa-fé desloca-se dos contornos que lhe impõem o artigo 113 do Código Civil para se unir aos outros três requisitos de validade, assumindo um papel de destaque”

negociais, forma e objeto)”; o negócio inválido é aquele “...celebrado com descumprimento de um dos requisitos de validade, ou seja, em contrariedade ao direito”; e o negócio jurídico ineficaz é aquele que não produz os efeitos que lhe são próprios, no sentido de alterar situações jurídicas, constituindo-as, modificando-as ou extinguindo-as.

Após a breve análise dos elementos do negócio jurídico, dos seus requisitos e dos seus fatores de eficácia, é necessário realizar um recorte em relação à teoria do negócio jurídico, prosseguindo no sentido que mais interessa em relação ao presente estudo. E o cerne do problema envolvendo as sociedades em conta de participação que disfarçam contratos de consumo está no plano da validade, por serem negócios jurídicos celebrados em contrariedade ao direito.

Como visto, a validade “...é a qualificação dos atos (aqui tomados como gênero do qual negócio é espécie) jurídicos isentos de defeitos, portanto conforme o Direito” (LOTUFO, 2004, p. 459), ou seja, “[p]ara ser válido, o negócio jurídico deve atender a determinados requisitos estabelecidos por regras jurídicas” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 19), que estão previstos no art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por consequência, a invalidade deve ser compreendida como a sanção imposta pelo ordenamento jurídico para as hipóteses de desconformidade do negócio jurídico com o Direito, de forma que “[o] reconhecimento da invalidade do negócio jurídico implica um juízo de valores do ordenamento, que opta por respeitar a autonomia da vontade do declarante ou os valores do sistema jurídico violados por sua celebração” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 22).

Com apoio na lição de Zeno Veloso (2005, p.21), é possível afirmar que a validade “é o conjunto de requisitos que determinam a vigência de um negócio, seus elementos constitutivos, em conformidade com o ordenamento jurídico”, razão pela qual o negócio jurídico inválido é aquele que não observar os referidos requisitos. “Assim, a invalidade ocorre quando o negócio jurídico é defeituoso e imperfeito quanto aos requisitos que a lei aponta como essenciais para a sua validade”. Trata-se, portanto, de um requisito negativo, que representa a sanção civil ao negócio que foi celebrado ao arpejo da lei.

A invalidade do negócio comporta graus, conforme a gravidade e intensidade da infração à norma jurídica (VELOSO, 2005, p. 21). Assim, o negócio será nulo ou anulável<sup>79</sup>, de acordo com a predominância do interesse público ou privado em relação à circunstância geradora da

---

<sup>79</sup> Segundo Guerra (2016, p. 109): “Os defeitos do negócio jurídico são verdadeiras imperfeições que podem surgir como decorrência de anomalias na formação ou na declaração da vontade. Significa dizer que as patologias na formação da vontade são os vícios na vontade em si. As anomalias na declaração de vontade, por sua vez, são os vícios na declaração da vontade, os quais consubstanciam a divergência entre a vontade real e a vontade declarada”.

desconformidade com o direito. Ou seja, “os casos de nulidade dizem respeito a um interesse social subjacente, o qual exige a declaração da absoluta ineficácia”, sendo “consequência que se une ao que lhe orienta o ordenamento jurídico” (GUERRA, 2016, p. 103).

Como aponta Bdiene Júnior (2010, p. 20):

Segundo Eduardo Zannoni, a doutrina moderna adotou teorias originalmente romanas, ao afirmar que as nulidades ditas absolutas são aquelas em que há violação a norma de ordem pública, enquanto as nulidades relativas (ou os negócios anuláveis) se referem aos vícios de consentimento, à incapacidade e à lesão, revelando então maior interesse na proteção à vítima.

Assim sendo, a distinção reside fundamentalmente no interesse a proteger, de modo que são inconfundíveis as consequências jurídicas de uma e outra: “Há dois graus de invalidade do negócio jurídico. No grau mais elevado, o negócio nulo (invalidade absoluta), no menos, anulável (invalidade relativa). Distingue a lei, na verdade, uma hipótese da outra em atenção aos valores socialmente difundidos.

No mesmo sentido, Lotufo (2004, p.459) aponta que as causas de nulidade estão relacionadas com o desrespeito à ordem pública e ao interesse social:

O legislador deste Código, assim como o do antecedente, baseou-se no respeito à ordem pública e aos valores sociais, de forma a estabelecer que, se nulo, o negócio não produz efeitos. Assim, podemos afirmar que a nulidade decorre de tipificação de violação das normas, portanto emana da vontade do legislador na prevenção de agravo à ordem pública.

Portanto, a invalidade é a sanção civil imposta pelo ordenamento ao negócio jurídico que não observa o conjunto de requisitos que determinam a sua vigência. Diante da imperfeição causada pela ausência dos requisitos que a lei aponta como essenciais, o reconhecimento da invalidade implicará em um juízo de valor pelo sistema. E a partir da intensidade da infração à norma jurídica, o negócio será nulo ou anulável, respectivamente em razão da predominância do interesse público ou privado em relação à circunstância geradora da desconformidade com o direito.

De acordo com o Código Civil, as hipóteses de nulidade do negócio jurídico estão previstas nos arts. 166 e 167, enquanto as hipóteses de anulabilidade estão disciplinadas no art. 171 (BRASIL, 2002). Assim, são nulos os negócios jurídicos: celebrados por absolutamente incapaz; quando o seu objeto for ilícito, impossível ou indeterminável; quando o motivo determinante, comum às partes, for ilícito; quando não for observada a forma prescrita em lei; quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa; quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção; e quando for simulado. Por sua vez, são anuláveis os negócios jurídicos: quando a lei expressamente declarar; em razão da incapacidade relativa do

agente; e em razão de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Independentemente da invalidade caracterizar nulidade ou anulabilidade, a invalidação do negócio jurídico pressupõe decisão judicial. Em razão disso, Guerra (2016)<sup>80</sup> afirma que tal como ocorre com qualquer invalidade no direito brasileiro, a declaração expressa de nulidade é imprescindível para que as partes se posicionem, de forma que “...não nos parece ser possível afirmar que a parte obrigada a honrá-lo esteja autorizada a descumprir o negócio jurídico em virtude da simples afirmação da nulidade”.

Assim, a nulidade, que decorre da inobservância de requisitos de ordem pública ou interesse social, não pode ser suprida pelo juiz ou sanada pela confirmação. Pode ser alegada por qualquer interessado e pelo Ministério Público, devendo ser reconhecida de ofício, independentemente da natureza da ação. Em tal caso, o provimento jurisdicional é declaratório e produz efeitos *ex tunc*, de forma que o negócio não terá produzido os efeitos que lhe são próprios. Tratando-se de pretensão declaratória, não está sujeita à decadência ou prescrição, não se convalidando em razão do decurso do tempo.

Por sua vez, a anulabilidade, que está relacionada com os interesses privados das partes, pode ser suprida pelo juiz ou sanada pela confirmação, expressa ou como consequência do decurso do tempo. Não pode ser reconhecida de ofício e pressupõe o ajuizamento de ação própria, por parte do prejudicado. O provimento jurisdicional tem natureza desconstitutiva. Tratando-se de pretensão desconstitutiva, está sujeita à decadência.

Nesse sentido, como aponta Monteiro (2007, p. 316):

Como se distingue a nulidade absoluta da relativa. Conceitualmente, distingue-se uma da outra por caracteres inconfundíveis:

- a) a anulabilidade é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada, ou no de um grupo de pessoas determinadas; a nulidade é de ordem pública, de alcance geral e decretada no interesse da própria coletividade;
- b) a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz a requerimento das partes, ou sanada, expressa ou tacitamente, pela ratificação; a nulidade não pode ser suprida pelo juiz, embora a pedido de todos os interessados;
- c) a anulabilidade há de ser pronunciada mediante provocação da parte, não podendo ser decretada *ex officio* pelo juiz; a nulidade pode e deve ser decretada de ofício;

---

<sup>80</sup> Aliás, tal como já constou em nota anterior, é importante observar que o autor faz a advertência ao sustentar a inexistência de “nulidades de pleno direito” no sistema jurídico brasileiro. Eis a conclusão de Alexandre Guerra sobre o tema: “Em suma, diante do quanto fixado, não podemos afirmar no Direito brasileiro a existência de nulidades que independam em absoluto de pronunciamento. Ainda que a lei assim a preveja, é necessário que o julgador concretamente a afirme diante de um negócio jurídico presumivelmente válido (e eficaz) a ele submetido. Dizer, portanto, que a nulidade é “de pleno direito” no Brasil não significa acentuar senão que se está diante de uma circunstância precisa e suscetível de prova diante da qual se exclui a possibilidade de arbítrio pelo julgador; “é desse gênero de nulidade que geralmente se trata quando na lei se declara que o ato jurídico é nulo, ou se decreta nulidade ou a pena de nulidade” (GUERRA, 2016, p. 125).

- d) a anulabilidade pode ser alegada e promovida pelos prejudicados com o ato, ou por seus legítimos representantes; a nulidade pode ser decretada não só a pedido dos interessados como também do órgão do Ministério Público, quando lhe caiba intervir;
- e) a anulabilidade é prescritível, em prazos mais ou menos exíguos; a nulidade não prescreve (*quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*), ou, se prescreve, será no maior prazo previsto em lei;
- f) a anulação deve ser sempre pleiteada mediante ação judicial; a nulidade, quase sempre, opera *pleno jure*, ressalvada a hipótese em que se suscite dúvida sobre a existência da própria nulidade, caso em que se tornará imprescindível a propositura de ação para o reconhecimento de sua ocorrência, pois a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos”.

Por fim, em relação aos efeitos da sentença que reconhece a invalidade, Guerra (2016, p. 127-132) aponta a impropriedade da afirmação tradicional no sentido de que a declaração da nulidade teria efeitos *ex tunc*, enquanto o reconhecimento da anulabilidade produziria efeitos *ex nunc*. Para o autor, o reconhecimento da nulidade e da anulabilidade produz efeitos retroativos, o que é consequência do art. 182 do CC determinar que as partes retornem ao estado anterior. Aliás, Veloso (2005) também sustenta que o reconhecimento da anulabilidade produz efeitos *ex tunc*<sup>81</sup>.

Vale transcrever trecho elucidativo da obra de Guerra (2016, p. 131):

A sentença que declara a nulidade opera efeitos retroativamente ("extunc"). Diante de um negócio anulável, por certo, produzem-se todos os efeitos como se válido e eficaz ele fosse, os quais são condicionados à inexistência de uma sentença que decreta a sua invalidação. Logo, se sobrevier decisão judicial final, atinge-se o negócio jurídico na sua formação (justamente onde reside a causa do seu vício invalidante), desconstituindo-o e desfazendo, em princípio, todos os seus efeitos e todas as consequências por ele geradas. Ocorre que em ambos os casos (o que nos parece suficientemente claro a essa altura) os efeitos do pronunciamento judicial são rigorosamente os mesmos: ambos ostentam a mesma eficácia "ex tunc". Aliás, é o que se infere pelo artigo 182, 1ª parte, do Código Civil: "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". O reconhecimento judicial de nulidade ou de anulação do negócio jurídico igualmente restaura o estado de coisas anterior ao momento de celebração do negócio, razão pela qual em ambos indistintamente operam iguais efeitos "ex tunc", sem prejuízo da possibilidade de específica modulação dos efeitos da sentença proferida pela autoridade judicial (o que se pode concretamente estabelecer atendendo, por exemplo, às concretas exigências

---

<sup>81</sup> "Para alguns, a sentença de anulação paralisa os efeitos do negocio anulável, operando *ex nunc*, diferentemente do que acontece na sentença que dedara a nulidade, que operaria retroativamente, *ex tunc*. Trata-se, sem dúvida, de entendimento equivocado, que decorrente, talvez, de leitura distorcida do artigo 177, primeira parte, que diz "A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício...", que corresponde ao artigo 152, primeira parte, do Código Civil de 1916. Já abordamos o assunto (supra, n. 54). O que o artigo 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinha produzindo o negócio inquinado são desfeitos. Nada resta, nada sobra, nada fica, pois, a desconstituição é retroativa, vai à base, ao começo, ao nascimento do negócio defeituoso e carente, o que, enfática e inequivocamente, afirma o artigo 182, como já dizia, no Código velho, o artigo 158. Quanto a isto, não há mudança alguma em nosso ordenamento. O artigo 177, primeira parte, deve ser visto e recebido diante do sistema e interpretado conjuntamente com o artigo 182, que transcrevemos acima" (VELOSO, 2005, p. 331).

da vedação ao enriquecimento sem causa, da tutela do terceiro de boa-fé da salvaguarda da confiança negocial etc.)”.

## 5.2. A vontade declarada e a reserva mental

Importante inovação do Código Civil de 2002 é o tratamento do conflito entre a vontade real e a vontade declarada, o que consta especialmente de três artigos. O art. 110 do CC estabelece a validade da manifestação de vontade ainda que autor haja feito a reserva mental de não querer conteúdo da manifestação, exceto se o destinatário tinha conhecimento. Por sua vez, o art. 111 do CC estabelece que o silêncio importa anuência sempre que as circunstâncias ou os usos permitirem, desde que a declaração de vontade expressa seja desnecessária. Já o art. 112 do CC determina que na declaração de vontade será atendida mais à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Como aponta Nestor Duarte (2015, p 84), a manifestação de vontade é essencial para a formação do negócio jurídico, mas nem sempre há coincidência entre a vontade declarada e a vontade interna<sup>82</sup>. Apesar disso, a segurança das relações jurídicas exige que seja atribuída eficácia à vontade declarada. Nesse sentido, como aponta Lotufo (2004, p. 304), a declaração de vontade vincula o autor segundo o seu significado objetivo, de forma que em sua objetividade a declaração gera confiança nos destinatários. Como consequência, a declaração deve ser clara, sendo que o seu autor assume o risco na hipótese de transmissão inexata.

Em que pese por um lado seja importante compreender o sentido da vontade real, não se pode ignorar as consequências da vontade declarada, extraíndo-se disso a necessidade de garantir a proteção do contratante de boa-fé, assim como a segurança das relações.

E a vontade pode ser manifestada de forma expressa ou tácita, inclusive por meio do silêncio<sup>83</sup>, conforme os costumes e as práticas de determinado local. Nesse sentido, Lotufo (2004, p.300) alerta que não se pode confundir a ausência de manifestação de vontade com a conduta recognoscível, que deve ser aceita como expressão de vontade.

No tocante à distinção entre a vontade real e a vontade declarada, o art. 110 do CC inovou ao positivar regra sobre a reserva mental. Como ensina Nelson Nery Júnior (1983, p. 62) escrevendo na vigência do Código Civil de 1916, “[e]m um sentido lato, a reserva mental é o

<sup>82</sup> Como aponta Nery Júnior (1983, p.7): “A declaração de vontade no negócio jurídico é constituída por dois elementos: interno (vontade real) e externo (vontade declarada). A ordem normal das coisas manda que estes dois elementos da declaração da vontade sejam coincidentes, pois o comum é alguém declarar o que efetivamente quer”

<sup>83</sup> Segundo Lotufo (2004, p. 305), “[o] silêncio, pois, é uma forma de comunicação expressiva da vontade na conclusão dos negócios jurídicos, quando o tipo de negócio estiver submetido a um regime jurídico específico, quer pela lei, quer pelas circunstâncias ou usos, que não exija a declaração expressa”

produto da divergência entre a vontade e a manifestação, o que implica em uma manifestação, mas não uma vontade da manifestação ou de seu conteúdo”. Segundo o professor, a reserva mental<sup>84</sup> tem natureza jurídica de divergência intencional entre a vontade e da declaração, bastando o intuito de enganar, mesmo que eventualmente não haja intenção de prejudicar. Em relação ao intuito de enganar, é importante notar que “[o] que determina e caracteriza a reserva mental é a convicção do reservante de que o declaratário ignora a reserva” (NERY JUNIOR, 1983, p. 49). A reserva mental somente causará a invalidade<sup>85</sup> do negócio jurídico quando for ilícita e conhecida do declaratário, valendo transcrever o seguinte trecho:

Assim, genericamente, podemos dizer que a reserva mental tem a natureza jurídica de divergência intencional entre a vontade interna e a exteriorizada, enquanto que, como espécie deste gênero, podemos dizer que a reserva mental ilícita conhecida do declaratário tem a natureza jurídica de vício social do negócio jurídico. Não é vício do consentimento porque este não restou viciado, como acontece nos casos de erro, dolo e coação. Ao contrário, o negócio celebrado com reserva mental ilícita conhecida do declaratário é vício social porque se equipara, nos efeitos, à simulação, nada tendo a ver com o consentimento que, na forma e na essência, não se viciou (NERY JUNIOR, 1983, p.22).

Outrossim, o art. 112 do CC trata da importante situação em que a declaração não exprime fielmente a vontade, de forma que a questão está relacionada com a necessidade de esclarecer o conteúdo da vontade, por meio da interpretação, para que se possa fixar o real conteúdo do negócio. Nesse caso, é necessário tentar extrair da declaração elementos que permitam a compreensão da intenção das partes, possibilitando que o conteúdo da vontade integre o negócio jurídico.

Sobre a regra do art. 112 do CC, Tepedino *et al.* (2014, p. 228) esclarecem que que o legislador conjugou as orientações subjetiva<sup>86</sup> e objetiva<sup>87</sup>. Pela orientação subjetiva ou da

---

<sup>84</sup> Segundo Nery Júnior (1983, p.62), a reserva mental pode ser: absoluta, quando o manifestante não quer absolutamente nada, ou relativa, quando o manifestante declara algo diverso do que realmente quer; inocente, quando pretendendo enganar o declaratário age sem o intuito de prejudicar, ou ilícita, quando há deliberada intenção de prejudicar; conhecida, quando há ciência do declaratário, ou desconhecida, quando há absoluta ignorância do declaratário; unilateral, quando somente um dos contratantes manifesta vontade contrária ao seu íntimo querer, ou bilateral, quando ambos os contratantes manifestam suas vontades em divergência com suas vontades internas.

<sup>85</sup> Segundo Nery Junior (1983, p. 79) que escreveu a obra em questão na vigência do Código Civil de 1916, a reserva mental conhecida do declaratário consistia em vício social do negócio jurídico (não vício do consentimento), ensejando a sua anulabilidade.

<sup>86</sup> Segundo Alexandre Guerra (2016, p. 74), “[a]s chamadas teorias subjetivas do negócio jurídico procuram defini-lo como um ato de vontade. Em termos históricos, são mais antigas a respeito da sua gênese. Afirmam ser o negócio jurídico uma manifestação de vontade destinada a produzir certos efeitos jurídicos. O negócio jurídico é, dizem os seus sectários, um ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico”.

<sup>87</sup> Segundo Guerra (2016, p. 77), “[a]s teorias objetivas (preceptivas) reconhecem o negócio jurídico como um meio reconhecido pelo ordenamento jurídico para a produção dos efeitos jurídicos. Pelas teorias objetivas, não se cuida de reconhecer negócio jurídico como um ato de vontade em si e por si próprio. (...) Segundo a corrente

vontade, busca-se a real intenção do agente na declaração negocial. Segundo a orientação objetiva ou da declaração, a vontade do agente deve ser relegada para um segundo plano, dando mais ênfase à declaração objetivada. Os referidos autores ainda apontam que a combinação das teorias subjetiva e objetiva pode parecer contraditória, mas em verdade possibilitam que o intérprete desenhe o negócio jurídico da forma mais completa possível, usando elementos da do conteúdo da vontade e de seu sentido literal.

Ainda sobre maneira adequada<sup>88</sup> de se considerar a vontade real e a vontade declarada à luz do art. 112 do CC e com apoio nas ideias de responsabilidade e confiança, vale transcrever elucidativo trecho da obra de Alexandre Guerra (2016, p. 76):

O artigo 112 do Código Civil brasileiro afirma que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada que ao sentido literal da linguagem. Assim devem as coisas se passar. Tal asserção não contrasta precipuamente com as críticas lançadas às teorias voluntaristas. A regra em foco não enaltece, à evidência, a primazia da teoria subjetiva, mas, sim, visa a determinar que o intérprete atenda à intenção das partes na compreensão do conteúdo negocial, o que nada de ilícito em si apresenta. A interpretação de um negócio jurídico colima concretamente procurar o sentido da norma jurídica individual que aflora da declaração de vontade. A par disso, deve sobressair a vontade que já se fez manifestada e cristalizada na própria declaração negocial, ou seja, a vontade objetivada (declarada) que ultrapassa os lindes da pura intenção.

Por fim, Lotufo (2004, p. 309) aponta que as especificidades do sistema de direito do consumidor impedem que a regra interpretativa do art. 112 do CC incida em sua plenitude nas relações de consumo:

Observe-se que no âmbito do direito do consumidor tal regra não incide, porque, sendo um âmbito específico, excepcionante do âmbito genérico do negócio jurídico, legislador criou normas próprias no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11-9-1990, até mesmo porque sua excepcionalidade decorre de previsão específica

---

objetiva, não é suficiente que haja a vontade no negócio jurídico. É necessário que a vontade extravase, isto é, que deixe de ser interna(subjetiva)e venha a ser declarada objetivamente, sendo assim conhecida, recebida e reconhecida por terceiros, com a pretensão de gerar os efeitos jurídicos. (...) A corrente objetiva preceptiva sustenta, portanto, que o negócio jurídico é uma norma concreta, isto é, um preceito objetivo, um comando para o qual o ordenamento jurídico confere eficácia, porque é emanado do próprio Direito”.

<sup>88</sup> Alexandre Guerra (2016, p. 354) aponta, ainda, que as teorias subjetiva e objetiva da vontade foram superadas por correntes intermediárias, especialmente fundadas nas ideias de responsabilidade e confiança. Sobre a síntese do seu raciocínio, vale transcrever o seguinte trecho: “O negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico que se origina a partir de um ato de vontade individual, a qual, uma vez declarada, faz instaurar uma relação jurídica entre dois os mais sujeitos, visando atingir um determinado objetivo protegido pelo Direito. É uma manifestação da autonomia privada, ou seja, do poder de autodeterminação concedido pela ordem jurídica para os seus membros. A liberdade individual serve para a autorregulamentação dos interesses privados. Na sua estrutura, o negócio jurídico é composto por uma declaração de vontade e pela subordinação dos efeitos da situação jurídica às exigências dessa declaração de vontade nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. A liberdade que o Direito dispensa para os sujeitos não é absoluta, por certo, conquanto seja um Direito fundamental, nem tampouco deve ser excessivamente tolhida pelo Estado, mas somente à medida das exigências da própria coletividade. Deve ser conformada a autonomia privada, final, pelas balizas que o próprio sistema jurídico faz delinear”.

do rol de direitos fundamentais, como se vê do art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, da Constituição Federal.

Assim, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado, a ensejar proteção especial, não só de condições prévias da celebração dos negócios jurídicos, como de mecanismos específicos de proteção, prévios e posteriores à realização negocial, como se vê dos arts. 4º e 5º do CDC, com as disposições de proteção contratual dos arts. 46 a 54.

Decorre da excepcionalidade que não se pode pretender a utilização de suas disposições para a interpretação dos negócios regulados pelas regras de âmbito geral, e, portanto, não abrangidas na incidência específica.

Isso não significa que princípios gerais revelados no âmbito dos estudos de Teoria Geral do Direito, como do negócio jurídico, e que levaram às conquistas legislativas precursoras, dentre nós, do Direito do Trabalho, previstas no atual Código Civil, desde o anteprojeto de 1973, com detalhamento, por vezes, mais específico do Código de Defesa do Consumidor, não sejam utilizados na interpretação dos negócios.

### 5.3. Fraude à lei imperativa

Segundo o art. 166, VI, do Código Civil, é nulo o negócio que tiver por objetivo fraudar lei imperativa. Trata-se de inovação do Código Civil de 2002<sup>89</sup>, que positiva a fraude à lei como causa de invalidade do negócio jurídico, o que, entretanto, já era reconhecido pela doutrina<sup>90 91</sup> e pela jurisprudência<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Sobre a alteração, vale transcrever a nota de José Carlos Moreira Alves: “Também não consta do Código Civil atual o preceito do art. 167, VI, do Projeto, o qual reza: “Quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Trata-se de negócio *in fraudem legis*, a respeito de cuja sanção há três posições defensáveis: a) o ato em fraude à lei é ineficaz, e, portanto, inoponível ao terceiro prejudicado; b) a ele se deve cominar a mesma sanção que a lei burlada pela fraude impõe ao ato que a viola frontalmente; c) o ato fraudulento é nulo. O Projeto adotou a terceira dessas soluções, e que – como salienta Alvino Lima – é a dominante” (A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, p. 125).

<sup>90</sup> Vale transcrever a conclusão de artigo escrito por Régis Velasco Fichtner Pereira, em 1989: “Do exposto pode-se chegar a três principais conclusões relativas ao tema: 1.ª) Não há necessidade de existência de norma expressa no ordenamento jurídico prevendo a fraude à lei para que se não admita atos assim praticados. 2.ª) Havendo norma expressa sobre a fraude à lei e prevendo esta a nulidade dos atos assim praticados, deve ser esta a sanção aplicada. 3.ª) Não havendo regra sobre fraude à lei, ou não prevendo esta qualquer sanção, os atos assim cometidos sofrerão a mesma sanção que seria aplicada caso tivesse havido a prática de atos *contra legem*”.

<sup>91</sup> Bunazar (2023, p. 156) cita trechos dos principais doutrinadores sobre o tema: “Homero Prates ensina que: “O *in fraudem legis agere* consiste em uma indireta violação da lei, não segundo seu conteúdo literal mas segundo seu espírito - a *mens legis* ou *setentia* da norma obrigatória ou proibitiva. A fraude não contradiz as palavras da lei, antes da a ilusão de que as observa, quando em verdade as infringe, indo de encontro ao sentido que as ditou: *tantum sententiam offendit et verba reservat*”. Pontes de Miranda ensina que: “A violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de fraude à lei, que se dá quando pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva”. Alvino Lima ensina que: “*ato in fraus legem* consiste na violação do espírito e da finalidade da lei. No segundo [ato em fraude à lei], embora a forma e a causa do negócio jurídico sejam inquestionáveis, a finalidade que este busca amarela alvestingir é ilícita, logo faz-se necessária a imposição de sanção de nulidade, assim como se faz com a ilicitude direta”. Tullio Ascarelli ensina que: “[em se tratando de fraude à lei] os fins visados pelas partes podem ser ilícitos; o negócio indireto será, então, ilícito e, portanto, nulo. A ilicitude não recai, nesta hipótese, sobre a causa típica do negócio adoptado pelas partes, mas sobre o objetivo último por estas visados (...)”

<sup>92</sup> Nesse sentido, por exemplo: “Imposto de renda. Seguro de vida feito pelo contribuinte para furtar-se ao pagamento do tributo. Fraude à lei. Além da primeira categoria de fraude à lei, consistente em violar regras imperativas por meio de engenhosas combinações cuja legalidade se apoia em outros textos, existe uma segunda categoria de fraude no fato do astucioso que se abriga atrás da rigidez de um texto para fazê-lo produzir resultados contrários ao seu espírito. O problema da fraude à lei é imanente a todo ordenamento jurídico, que não pode ver,

Segundo Lotufo (2004, p. 461), fraude à lei consiste no “...uso de meios indiretos para violar uma norma jurídica cogente, de modo a obter resultado por ela proibido, ou ainda impedindo a realização do fim por ela imposto”. Ou seja, trata-se do “emprego de meios indiretos com o objetivo de violar uma norma jurídica cogente, objetivando obter o resultado proibido por lei ou com a finalidade de impedir a realização do fim por ela imposto” (GUERRA, 2016, p. 106).

Na mesma linha, Nelson Nery Júnior (2010) aponta que “na figura da fraude à lei existe uma intenção, direta ou indireta, de fraudar o imperativo da norma jurídica”, de forma que “[a] declaração de vontade fraudula o comando legal, pois é contrária ao preceito de lei”, contexto em que “dispensa-se a prova da intenção, da dimensão subjetiva, bastando a prova objetiva de uma violação indireta do escopo da regra jurídica”.

Como aponta Régis Velasco Fichtner Pereira (2010, p. 867-876):

A fraude à lei constitui espécie do gênero violação da norma jurídica, em que o agente não pratica atos contrários à forma literal com que determinada regra legal está expressa, mas consegue, por meio indireto, atingir o resultado indesejado que a norma fraudada visa evitar.

Aquele que fraudula, aparentemente não fere disposição de lei, pois não há, em verdade, caracterização de ato contrário ao seu conteúdo literal. O fraudador nada mais faz que praticar ato diverso daquele tipificado no preceito da norma fraudada, mas tendente a alcançar o mesmo resultado – proibido – que se alcançaria com a prática do ato expressamente vedado.

Produz-se uma violação indireta da norma, perpetrada através de atos aparentemente lícitos, mas que na verdade vêm a frustrar sua finalidade. Para tanto, utiliza-se o fraudador de atos que a lei permite ou simplesmente não proíbe, surgindo a consequência de restar inaplicável a norma, apesar dos efeitos do ato praticado serem os mesmos que a lei fraudada visa afastar.

Portanto, a fraude à lei consiste no uso de meios indiretos para que, com aparência de licitude e sem violar o texto expresso da lei, sejam obtidos afeitos não autorizados pelo ordenamento jurídico, em violação à lei imperativa.

Vale transcrever a lição de McNaughton (2011, p. 87), apontando que a fraude pode ocorrer pelo descumprimento do “espírito da norma” ou pela não aplicação de norma que deveria incidir no caso concreto:

A fraude se dá pelo descumprimento do “espírito da norma”, ou pela não aplicação de norma que deveria incidir no caso concreto, mediante o artifício de se aplicar uma norma inadequada, ou seja, desprovida de legitimidade para tratar da situação concreta. Mas, não há fraude sobre não incidência. Sobre o que não incide, o direito não alcança: é indiferente.

---

com indiferença, serem ilididas, pela malícia dos homens, as suas imposições e as suas proibições. Executivo fiscal julgado procedente” (STF – Tribunal Pleno – RE 40518 EI – relator para o acórdão Min. Luiz Gallotti – j. 19/05/1961).

Contudo, a necessidade de propósito negocial pode importar fraude à lei em, pelo menos, duas possibilidades: (a) se a inexistência desse propósito é tomada por norma especial que impede a aplicação de certo regime geral; ou (b) se a existência desse propósito é um requisito para aplicação de determinada norma, segundo se depreende do “espírito da lei” que a institui.

Nesse contexto, verificando-se o primeiro requisito, acima citado, a fraude à lei se identifica quando o sujeito de direito aplica a norma geral que lhe beneficia, em detrimento da norma especial que lhe seria mais gravosa – e cujo pressuposto de aplicação é a ausência de propósito negocial; no segundo caso, incorre-se na fraude à lei quando se aplica os requisitos formais de incidência da norma, ignorando-se o seu sentido (“espírito da lei” que exigiria o propósito negocial).

Assim, “[n]a fraude à lei imperativa, o fim alcançado não é per se ilícito; a ilicitude consiste em, naquele caso, contornar-se a lei imperativa” (BUNAZAR, 2023, p. 158). É, portanto, a tentativa de contornar a lei imperativa por meio do uso de norma diversa. Por consequência, “[s]erá nulo o negócio jurídico que, embora lícito, seja realizado com o objetivo de fraudar lei imperativa, atentando contra disposições de ordem pública” (TEPEDINO *et al.* (2014, p. 315).

Vale destacar que “[l]eis imperativas são as que protegem interesses públicos relevantes e que não admitem contrariedade” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 43). Em contraposição, as leis dispositivas são as que resguardam interesses privados e, portanto, podem ser modificadas pela vontade das partes.

Uma vez que as leis dispositivas têm aplicação supletiva, sua incidência pressupõe a inexistência de regulamentação diversa pelos sujeitos do negócio jurídico, razão pela qual o art. 166, VI, do Código Civil não pode ser aplicado às regras dispositivas (THEODORO JÚNIOR; FIGUEIREDO, 2021, p. 188). Por outras palavras, uma vez que a norma dispositiva não tem aplicação obrigatória, para que seja afastada basta que os agentes do negócio estabeleçam regra diversa. Assim, apenas a fraude à lei imperativa é causa de invalidade do negócio jurídico.

Segundo Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 188):

Quando, porém, o preceito legal se apresenta cogente, dele decorre a proibição de qualquer prática que lhe seja desconforme. A ofensa à lei, para nulificar o negócio jurídico, tem de ser cometida contra lei imperativa (CC, art. 166, VI e VII). A atuação contra a lei imperativa, por outro lado, pode dar-se de duas maneiras: a) por meio da ofensa frontal ou direta (*agere contra legem*), convencendo-se claramente o que a lei proíbe; b) por meio de um negócio em si lícito e válido, mas que atinge, por via reflexa, o resultado proibido (*agere in fraudem legis*). Por meio da própria lei pratica-se a sua violação.

Tem-se a fraude à lei, portanto, quando se emprega maquinação para, respeitando-a, violá-la ou impedi-la de incidir. No dizer de Pontes de Miranda, a fraude “transgride a lei, com a própria lei”. Em outras palavras: “fabrica-se um ato aparentemente lícito, para realizar o ilícito; usa-se a própria lei, para burlar a lei. O negócio jurídico in fraudem legis é nulo, como é nulo o negócio jurídico que descumpre, diretamente, lei imperativa”.

Ressalte-se que a nulidade por fraude à lei é objetiva, não havendo que se perquirir acerca da intenção do agente em burlar a norma legal. Violada a legislação, nulo é o negócio jurídico celebrado, ainda que as partes não tivessem a intenção de burlá-la.

Outrossim, para delimitar adequadamente a fraude à lei, é necessário diferenciá-la de situações semelhantes, quais sejam, a violação da lei, a simulação e o negócio indireto. Nesse sentido, a fraude à lei não se confunde com a violação da lei, na medida em que nesta há violação direta à norma, sem subterfúgios.

Assim aponta Bdine Júnior (2010, p. 44):

O negócio que violar lei imperativa representa dano social a ser sancionado com a vedação de seus efeitos.

Contudo, muitas vezes o contrato não viola diretamente a lei imperativa. As partes se valem de expedientes vários para, sem contrariá-la diretamente, obterem o mesmo resultado proibido.

A fraude à lei decorre da utilização de meios para ludibriar a incidência da norma imperativa. Distingue-se da violação à lei, porque esta é direta. Na fraude à lei, ao contrário, o contrato fraudulento não viola, em si mesmo, a norma imperativa.

Ou seja, como bem aponta Lotufo (2004, p. 461), a fraude à lei “[d]ifere, pois, do ato contra a lei, pois é em fraude à lei”. A fraude à lei também não se confunde com a simulação, eis que “na simulação há, necessariamente, ao menos uma declaração de vontade intencionalmente falsa, o que não se verifica na fraude à lei” (BUNAZAR, 2023, p. 158).

Como mais uma vez aponta Bdine Júnior (2010, p. 45):

A fraude à lei também se distingue do negócio simulado: “A simulação pode ser um meio para evitar a aplicação de uma norma imperativa, mas o meio não se constitui por um contrato que indiretamente persegue o fim vedado, mas sim ocultando o contrato ilícito”.

Regis Velasco Fichtner Pereira aponta como elemento fundamental da distinção entre simulação e fraude à lei o fato de a primeira destinar-se a ocultar a realidade jurídica, enquanto a segunda procura impedir a incidência da norma por meio alternativo. E acrescenta que o teste para saber qual das figuras incide no caso consiste em saber se o negócio é sério e se as partes desejam submeter-se aos efeitos dele decorrentes, ou se tinham a intenção de iludir. Na fraude à lei, os fraudadores desejam a consequência jurídica do negócio, mas esse resultado é precisamente o que o ordenamento pretendia evitar.

Da mesma forma, a fraude à lei não se confunde com o negócio indireto, que consiste no uso de um determinado negócio como meio para a obtenção de resultado diverso.

Como aponta Nelson Nery Júnior (2010):

O negócio indireto, em princípio, é lícito. Trata-se de declaração negocial que objetiva um fim que é diverso do habitualmente desejado, daquele fim típico a ser obtido com aquela declaração. Pelo negócio indireto, as partes ou a parte busca alcançar um fim que não é o fim da declaração, isto é, que não consiste na sua causa final típica. Ou seja, mediante negócios indiretos, é possível à autonomia privada, através de um só negócio jurídico, obter um fim diverso do fim que geralmente se atribui àquele negócio jurídico como sendo o seu fim típico e, portanto, pertencente à sua estrutura nuclear como compósito de seu elemento categorial inderrogável. A partir do negócio indireto se atinge fim que não é o fim do elemento categorial inderrogável.

A distinção do negócio indireto para com os demais negócios jurídicos é dada não pela sua categorização dogmática, mas pela sua função diversa, isto é, pelo fim indireto. Normalmente, para se atingirem fins indiretos, combinam-se e agregam-se, como no caso concreto, diversos negócios ou atos.

Nada obstante a sua licitude, por vezes, o resultado material desta combinação pode implicar uma ilicitude, notadamente fraude à lei ou fraude contra credores e, neste caso, o negócio indireto será, respectivamente, nulo ou anulável. Isto porque sua adaptação ou modificação, nada obstante válida pode chegar a tal ponto que resulte, praticamente, em fim contrário à ordem jurídica estabelecida e em afronta ao ordenamento jurídico positivo.

Há, no negócio indireto, um uso anormal da autonomia privada, do ponto de vista de seu fim prático, não no sentido de que este uso seja vedado pelo ordenamento, disfuncional ou ineficiente, mas no sentido de que foge ao padrão típico e sócio-jurisprudencialmente recorrente. O negócio indireto propõe o uso da autonomia privada de modo diverso do padrão usualmente adotado para os negócios jurídicos em determinada situação.

Portanto, na fraude à lei, que não se confunde com a violação da lei, com o negócio indireto e com a simulação, os agentes celebram negócio aparentemente válido, que, de forma direta, não contraria norma expressa, mas que, de forma indireta, viola lei imperativa. Por consequência, o negócio será nulo em razão da violação indireta à lei imperativa – art. 166, VI, do CC.

#### **5.4. Simulação**

Em que pese a fraude à lei seja a principal causa caracterizadora da invalidade da sociedade em conta de participação que encobrem contratos de consumo, não se pode ignorar a possibilidade de que o negócio celebrado caracterize simulação. Apesar disso, fraude à lei e simulação são causas diversas de invalidade do negócio jurídico e o reconhecimento, de uma ou outra, constitui etapa necessária no caminho para a efetiva tutela do direito do consumidor, no caso concreto. Dessa forma, neste item a simulação será brevemente analisada.

Simulação é a declaração enganosa da vontade, te quem o objetivo de produzir efeito diverso do indicado, de forma que “objetiva-se o que não é explícito e rejeita-se o que efetivamente aparece” (LOTUFO, 2004, p.464).

Por outras palavras, “[t]em-se a celebração de um negócio que aparentemente está em acordo com a ordem jurídica que o disciplina, mas que, em verdade, não visa ao efeito que juridicamente deveria produzir, por se tratar de uma declaração enganosa de vontade” (TEPEDINO *et al.*, 2014, p. 316).

O conceito de simulação adotado pela maior parte dos doutrinadores é semelhante<sup>93</sup>, tal como era na vigência do Código Civil de 1916 (CC/1916)<sup>94</sup>, sendo possível afirmar que o instituto tem como características marcantes, “[i] a intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração, [ii] o acordo entre as partes e [iii] o objetivo de enganar” (DUARTE, 2015).

Em linhas gerais, pode-se dizer que o negócio jurídico simulado é aquele em que as partes, de forma consciente e voluntária, agem em conluio, no sentido de estabelecer direitos e obrigações diversos daqueles expressamente declarados, para enganar terceiros<sup>95</sup> ou fraudar a lei<sup>96</sup>.

Sobre o conceito e a delimitação da simulação, vale transcrever trecho da obra de Nery Júnior (1983, p.46):

O negócio jurídico simulado é produto de uma relação jurídica que não tem nenhum conteúdo-inexistente (simulação absoluta) ou que tem conteúdo diverso do que aparenta (simulação relativa), sempre se constituindo em manifestação de vontades em divergência intencional com as vontades internas.

É ele realizado por acordo de todos os contratantes em emitir declaração de vontade divorciada do que intimamente desejam, com a finalidade de enganar inocuamente (simulação inocente) ou em prejuízo da lei ou de terceiros (simulação fraudulenta ou ilícita). Consiste a simulação em “celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa”. O negócio

<sup>93</sup> Por exemplo: para Carlos Roberto Gonçalves, “[s]imulação é uma declaração falsa, enganosa, da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado” (GONÇALVES, 2022); para Washington de Barros Monteiro, “[c]omo o erro, a simulação traduz uma inverdade. Ela se caracteriza pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido” (MONTEIRO, 2007, p. 254); para Silvio Rodrigues, “[a] simulação é, na definição de Beviláqua, uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam” (RODRIGUES, 2006).

<sup>94</sup> Por exemplo: para Monteiro (1995, p. 207), “[c]omo o erro, simulação traduz uma inverdade. Ela caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido”; para Silvio Rodrigues (1995 apud RODRIGUES, 2006) “[a] simulação é, na definição de Beviláqua, uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam”

<sup>95</sup> Sobre o objetivo de enganar, como bem aponta Manuel a. Domingues de Andrade: “O que constitui elemento de simulação é, pois, o intuito de enganar ou iludir (*animus decipiendi*) e não o intuito de prejudicar, isto é, de causar um dano ilícito (*ánimus nocendi*)” (ANDRADE, 1998, p. 171). Na mesma linha apontam Tepedino *et al.* (2016, p. 317), “[o] intuito de enganar terceiros não implica o intuito de prejudicar ou violar a lei”.

<sup>96</sup> Sobre o objetivo de fraudar a lei, como bem aponta Manuel a. Domingues de Andrade: “Por vezes a lei, proibindo certos negócios, que especifica, omite, contudo, proibir outros que conduzem ao mesmo resultado, ou a um resultado diverso, mas tão parecido que praticamente se identifica com ele; por maneira que através desses outros negócios se pode frustrar o objectivo a que se destina a proibição legal. Estes últimos negócios, pelos quais se consegue por via oblíqua o mesmo resultado que a lei quis impedir ou um resultado praticamente idêntico, são chamados em fraude à lei” (ANDRADE, 1998, p. 180).

jurídico simulado é produto de mentira-acordada por ambos os contratantes-consciente, com o escopo de enganar terceiros alheios ao negócio jurídico.

Assim, as partes do negócio jurídico têm o mesmo objetivo, comungando da mesma vontade real, que, entretanto, difere da vontade manifestada. Não há, portanto, divergência na compreensão e na intenção das partes. Apesar disso, conscientemente, a vontade externada não coincide com o negócio verdadeiramente celebrado.

“É uma desconformidade consciente da declaração” (GONÇALVES, 2022, p. 520), que resulta no “intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada” (MONTEIRO, 2007, p.254). Portanto, o vício é objetivo e está alocado na exteriorização do ato, não havendo falsa interpretação da realidade.

Em relação ao propósito consciente e comum de declarar uma inverdade, vale transcrever a lição de Manuel A. Domingues de Andrade, ao tratar da intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração:

Esta intencionalidade traduz-se logo na consciência, por parte do declarante, de que emite uma declaração que não corresponde à sua vontade real. Acresce, porém, que o declarante não só sabe que a declaração emitida é diversa da sua vontade real, mas quer ainda emiti-la nestes termos. Trata-se, portanto, duma divergência livre - querida e propositadamente realizada (CARIOTA-FERRARA)” (ANDRADE, 1998, p. 169).

Por essa razão, na vigência do CC/1916 a doutrina criticava a impropriedade da tipificação do instituto como vício do consentimento (artigo 147, inciso II, do CC/1916), uma vez que, em verdade, a simulação corresponde a um vício social.

O Código Civil de 2002 adequou a disciplina da simulação, que passou a ser causa de nulidade do negócio jurídico, conforme determina o art. 167 do Código Civil<sup>97</sup>.

Sobre a alteração, vale transcrever a nota de José Carlos Moreira Alves (2003):

(...)19. Substantial alteração se fez no tratamento do instituto da simulação. Entendeu a Comissão Revisora que deveria ser acolhida a crítica no sentido de que a simulação deveria acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado (que não é querido pelas partes), subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma. Ressalvamos, porém, no atual art. 156, os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

[...]

Suprimiu-se a Seção IV (Da simulação) do Capítulo IV (Dos defeitos do negócio jurídico), existente no Anteprojeto de 1973, para fazer ingressar, no Capítulo V (Da invalidade do negócio jurídico) do Projeto de 1975, o art. 165, que disciplina a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico simulado em geral, causa de

---

<sup>97</sup> Como apontou Miguel Reale, por ocasião da exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil: Relevante alteração se fez no tocante ao instituto da simulação, que passa a acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma” (exposição de motivos).

nulidade essa que deveria seguir-se às outras a que alude o art. 164 (que corresponde ao art. 167 do Anteprojeto de 1973)” (ALVES, 2003, p.93-98)<sup>98</sup>.

Assim, a partir de 2002, o Código Civil estabelece expressamente que “[é] nulo o negócio jurídico simulado” (art. 167, *caput*), adequando-se, por consequência, seus efeitos. Tratando-se da hipótese de invalidade dos negócios jurídicos, a simulação não tem mais como consequência a anulabilidade (artigo 147, inciso II, CC/1916), mas a sua nulidade (art. 167, *caput*, do CC).

Não obstante, apesar da nulidade do negócio simulado, por determinação legal expressa do art. 167, *caput*, do CC, “subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma” (BRASIL, 2002). Logo, é possível afirmar que a simulação e a dissimulação são fenômenos distintos, sendo a característica marcante daquele é a aparência do que não existe, enquanto a característica marcante deste é a ocultação daquilo que verdadeiramente existe.

Segundo Renan Lotufo, “simular é fazer parecer o que não é, e dissimular é o que oculta o que é” (LOTUFO, 2004, p. 464).

Nas palavras de Monteiro (2007):

Cumpra não confundir simulação com dissimulação. Distinguiu-as FERRARA, nos seguintes termos: na simulação, faz-se aparecer o que não existe; na dissimulação oculta-se o que é; a simulação provoca uma crença falsa num estado não real, a dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente; aquela procura uma ilusão externa, busca esta uma ocultação interna (dissimula-se o ódio, o rancor). Mas, em ambas, o agente quer o engano; na simulação, quer enganar sobre a existência de situação não verdadeira, na dissimulação, sobre a inexistência de situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara (MONTEIRO, 2007, p. 260).

A simulação também não pode ser confundida com a reserva mental<sup>99 100</sup>, eis que nesta a falsidade está no íntimo do declarante, remanescendo unilateral e inofensiva. Logo, nos termos

<sup>98</sup> No mesmo sentido aponta Carlos Roberto Gonçalves: “Como já assinalado, o atual Código Civil alterou substancialmente a disciplina desse instituto, sem, no entanto, desnaturar seus fundamentos básicos. Topograficamente, retirou a simulação do capítulo concernente aos defeitos do negócio jurídico, deslocando-o para o alusivo à invalidade, considerando-o causa de nulidade e não de anulabilidade, como fazia o diploma de 1916. [...] Desse modo, a simulação, no sistema inaugurado aos 11 de janeiro de 2003, acarreta a nulidade do negócio simulado. Mas, em caso de simulação relativa, o negócio dissimulado poderá subsistir se for válido na substância e na forma” (GONÇALVES, 2022, p. 525).

<sup>99</sup> Segundo Manuel a. Domingues de Andrade: “A divergência entre a vontade e a declaração deve proceder de acordo entre declarante e declaratório (*paczum simulationis*). Este conluio, que em regra antecede a declaração, mas também pode ser contemporâneo dela. 170 distingue a simulação da reserva mental. Nesta última não existe tal acordo, muito embora possa ocorrer que o declaratório se aperceba da divergência (reserva mental conhecida). Resulta, pois, bem nítida a diferença entre a reserva mental e a simulação - diferença que, todavia, não exclui uma grande proximidade entre as duas figuras. Nesta conformidade se diz, por vezes, que a reserva mental é uma espécie de simulação unilateral e a simulação uma espécie de reserva mental bilateral. Está claro, no entanto, que tais formulações só podem valer num certo sentido” (ANDRADE, 1998, p. 169/170).

<sup>100</sup> Segundo Tepedino *et al.* (2016, p. 317): “A existência de um acordo de vontades distingue a simulação da reserva mental, na qual o declarante manifesta vontade para realização de negócio que não deseja, mas sem o conhecimento da outra parte (v. art. 110)”.

do art. 110 do CC (sem correspondência no CC/1916), “[a] manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento” (BRASIL 2002).

Há que se ressaltar, ainda, que a doutrina aponta três espécies de simulação<sup>101</sup>: absoluta, relativa e *ad personam*. Na simulação absoluta, não há negócio jurídico, mas a “ausência de qualquer realidade” (MONTEIRO, 2007, p. 256), na medida em que a vontade exteriorizada representa mera ficção. Em que pese a formalização do negócio, as partes não têm a intenção de adquirir direitos e contrair obrigações, restando, apenas, a intenção de ludibriar terceiros ou fraudar a lei. Por sua vez, na simulação relativa a intenção das partes em adquirir direitos e contrair obrigações é parcial, no sentido de que o negócio simulado não é verdadeiramente almejado, mas sim o negócio dissimulado. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “[o] negócio aparente, simulado, serve apenas para ocultar a efetiva intenção dos contratantes, ou seja, o negócio real” (GONÇALVES, 2022, p. 522), sendo que a ocultação pode estar relacionada com a natureza do negócio, a identidade das partes ou os elementos do negócio.

Parte da doutrina aponta, ainda, como espécie de simulação a *ad personam* ou por interposição de pessoa, em que a inverdade reside na identificação das partes que efetivamente contraem direitos e assumem obrigações<sup>102 103</sup>.

É importante mencionar, ainda, que na vigência do Código Civil de 1916, a partir da regra do art. 103 (que não tem correspondência no CC), a doutrina também sugeria a diferenciação

---

<sup>101</sup> Vale transcrever trecho elucidativo extraído de voto proferido pelo Desembargador Francisco Loureiro: “Lembre-se que a simulação pode ser absoluta ou relativa. A primeira hipótese ocorre quando as partes realizam aparentemente um negócio jurídico, quando, na verdade, nada desejam (cfr. Itamar Gaino, A Simulação do dos Negócios Jurídicos, Saraiva, 2.006, p. 60). Já a simulação relativa, também conhecida por dissimulação, “é a que contém dois atos jurídicos, quais sejam: o negócio simulado, que esconde ou camufla outro negócio, que é o dissimulado, a verdadeira intenção das partes” (Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, Tepedino *et al.* (2016, p. 313). Pode a simulação ser subjetiva, ou seja, recair a falsidade sobre as partes do contrato, diversas daquelas declaradas, ou objetiva, quando disser respeito à natureza, ao conteúdo ou cláusula não verdadeira, ou à própria data do contrato” (TJSP - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - Apelação Cível 0101333-30.2007.8.26.0008 – rel. Des. Francisco Loureiro – j. 15/06/2016).

<sup>102</sup> Sobre a divergência, por exemplo, Monteiro (2007, p.257) não faz referência à simulação *ad personam*, incorporando-a à simulação relativa, que caracterizada nas hipóteses em que: (i) a natureza do negócio é diversa; (ii) as partes são diversas; (iii) os elementos não são exatos.

<sup>103</sup> Ainda sobre a divergência, em sentido contrário, por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves propõe a separação entre a simulação relativa e a simulação *ad personam* (GONÇALVES, 2022, p. 524). No mesmo sentido é a lição de Lotufo (2004, p. 464), para quem: “[...]a *ad personam*: o negócio é real, mas a parte é aparente (testa-de-ferro, homem-de-palha, presta-nome). Esta última, relativa à pessoa, é também denominada interposição de pessoa”.

teórica entre a simulação em inocente e a fraudulenta ou maliciosa<sup>104 105</sup>. A simulação inocente<sup>106</sup> seria aquela em que as partes não teriam a intenção de prejudicar terceiros ou de violar a lei, de forma que fim buscado com a discrepância entre a vontade real e a declarada estaria restrita ao campo moral, circunstância que afastaria o interesse em eventual invalidação. Em contraposição, a simulação seria fraudulenta<sup>107</sup> ou maliciosa na medida em que estivesse presente a intenção de prejudicar terceiros ou de violar a lei.

Outrossim, as hipóteses legais de simulação foram estabelecidas nos incisos do § 1º, do artigo 167, do CC, de forma que haverá simulação quando os negócios jurídicos: “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”<sup>108</sup>; quando “contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”<sup>109</sup>; ou quando “os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”<sup>110</sup> (BRASIL, 2002).

No mais, importante inovação introduzida no Código Civil de 2002 é a ressalva que consta de forma expressa do art. 167, § 2º, em relação aos “direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado” (BRASIL, 2002). A referida inovação, além de atender aos anseios da doutrina e da jurisprudência, materializa a opção do Código Civil de

---

<sup>104</sup> Vale citar, por exemplo, a lição de Washington de Barros Monteiro (1998, p.211): “É inocente, quando não existe intuito de violar a lei, ou dela outrem. Dessa modalidade de simulação cuida o art. 103: “A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”. Estará nesse caso, exemplificativamente, simulação de ordem moral, inspirada no propósito de evitar atritos e dissensões com pessoas que se julgam com direito ao mesmo benefício outorgado a outrem. Na mesma ordem de ideias, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que se considera inocente simulação levada a efeito por declarante solteiro, sem herdeiros necessários, que faz doação à concubina, sob forma de venda. Sendo inocente, devo ser tolerada”

<sup>105</sup> Segundo Tepedino *et al.* (2016, p. 316): “O CC1916, em seu art. 103, determinava que somente a simulação maliciosa viciava o negócio, sendo a inocente inócua. O dispositivo já era controvertido e sua supressão não veio a pacificar a doutrina. A maioria dos autores entende que a supressão corrobora a jurisprudência majoritária no sentido de que a simulação inocente também causa nulidade do negócio simulado [...]”.

<sup>106</sup> Nas palavras de Manuel a. Domingues de Andrade: “[...] diz-se inocente quando só houve o intuito de enganar terceiros, sem os prejudicar (*ánimus dccipiendi*)” (ANDRADE, 1998, p. 172).

<sup>107</sup> Nas palavras de Manuel a. Domingues de Andrade: “A simulação diz-se fraudulenta quando foi feita com o intuito não só de enganar mas também de prejudicar terceiros (de modo ilícito) ou de contrair a qualquer disposição legal (*ánimus nacendi*) [...]” (ANDRADE, 1998, p. 172).

<sup>108</sup> Na hipótese do inciso I, denominada pela doutrina de simulação “por interposição de pessoa”, não há intenção de que os direitos e as obrigações sejam transmitidos e adquiridos pelas partes expressamente referidas, mas por terceiro cuja identidade se pretende ocultar através da declaração enganosa da vontade.

<sup>109</sup> Na hipótese do inciso II, denominada pela doutrina de simulação “por ocultação da verdade”, a falsidade está relacionada com algum ou todos os aspectos do negócio, podendo ser identificada em relação aos seus elementos essenciais ou acidentais.

<sup>110</sup> Na hipótese do inciso III, denominada pela doutrina de simulação “por falsidade da data”, as datas que constam do instrumento não são verdadeiras.

2002 por se afastar do rigorismo jurídico cerrado que prevalecia no Código Civil de 1916, colocando a boa-fé como norma que condiciona e legitima o Direito.

### **5.5. Consequência da invalidade dos negócios jurídicos**

Como visto, a invalidade é a sanção imposta pelo ordenamento às hipóteses de desconformidade do negócio com o Direito, sendo que sua consequência lógica do reconhecimento de que “[a] validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular) (AZEVEDO, 2002, p. 42)”.

Em razão de tal desconformidade, o ordenamento jurídico não permite a produção dos efeitos almejados pelas partes, de forma que o negócio poderá vir a ser considerado nulo ou anulável, de acordo com a gravidade (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 26). Invalidade, portanto, é gênero que tem duas gradações: nulidade e anulabilidade.

Especificamente em relação ao objetivo do presente estudo, optou-se pelo recorte em relação aos institutos com aplicação direta para solução do problema proposto (reserva mental, fraude à lei e simulação), razão pela qual será dada ênfase às consequências da nulidade do negócio jurídico.

Se, em regra, os negócios válidos produzem os efeitos almejados pelas partes, o negócio nulo não produzirá tais efeitos. Assim, a invalidade deve ser compreendida como a sanção imposta pelo ordenamento jurídico para as hipóteses de desconformidade do negócio jurídico com o Direito, de forma que “[o] reconhecimento da invalidade do negócio jurídico implica um juízo de valores do ordenamento, que opta por respeitar a autonomia da vontade do declarante ou os valores do sistema jurídico violados por sua celebração” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 22).

Segundo Bdine Júnior (2010, p. 26):

Dessarte, os efeitos dos negócios jurídicos correspondem tipicamente a alteração da realidade existente que se procede tal como as partes pretendiam. Vale dizer, segundo sua vontade negocial. Tais efeitos, em geral, não se produzirão se o negócio não dispuser de determinado elemento essencial ou se contrariar regra de interesse social e público pois, nesse caso, à sociedade não convém sua efetivação.

Nesse contexto, o motivo para que os negócios sejam considerados inválidos é sancionar a manifestação de vontade que esteja em desacordo ao ordenamento jurídico, o que possibilita a compreensão de que “a nulidade representa um juízo de valor dos interesses programados pelas partes em relação aos fins da comunidade” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 104).

Por outras palavras, “a hipótese de nulidade é fixada no interesse de toda a coletividade, tendo alcance geral e eficácia *erga omnes*. O negócio nulo fica privado de produzir efeitos jurídicos por ter sido realizado em ofensa grave aos princípios de ordem pública” (TEPEDINO *et al.*, 2014, p. 313).

Logo, identificada desconformidade entre o negócio jurídico e os principais valores inerentes ao sistema jurídico, haverá a incidência da sanção, com o reconhecimento da nulidade do pacto, de forma que não será permitida a produção dos efeitos almejados pelas partes.

Sobre as características da nulidade, assim aponta Nestor Duarte (2015):

Em uma estrutura irregular, quando inválidos, os negócios jurídicos se classificam como nulos ou anuláveis. Aqueles, também ditos inquinados por nulidade absoluta, estão privados da produção de qualquer efeito, porque ofendem a ordem pública.

(...)

Segundo Orlando Gomes, a nulidade absoluta contém as seguintes características: a) imediata (invalida o negócio desde sua formação); b) absoluta (pode ser alegada por qualquer interessado, pelo MP quando couber intervir e, encontrando-a provada, deverá o juiz pronunciá-la de ofício); c) incurável (as partes não podem saná-la e o juiz não pode supri-la); e d) perpétua (porque não se extingue pelo decurso do tempo) (Introdução ao direito civil, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 474).

Nesse sentido, “[p]roduzindo algum efeito ainda que não sustentável perante a lei, seu desfazimento por causa da nulidade do negócio exige a declaração desta pelo juiz, de forma principal ou accidental, não importa, mas sempre por decisão judicial” (THEODORO JÚNIOR; FIGUEIREDO, 2021, p. 165). Assim, tem-se que a declaração judicial da nulidade é imprescindível, sendo que as nulidades não podem ser supridas pelo juiz (art. 186, parágrafo único, do CC), além de que o negócio não é suscetível de confirmação e não convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do CC).

Portanto, em regra, identificada a invalidade do negócio jurídico, a nulidade deve ser reconhecida e os efeitos pretendidos pelas partes não serão produzidos. A consequência do reconhecimento da nulidade é o retorno das partes ao estado anterior, ou, subsidiariamente, a restituição por meio de indenização. O retorno ao estado anterior decorre da aplicação da regra expressa do art. 182 do CC, sendo, ainda, mais uma decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa (LOTUFO, 2004, p489).

Em que pese do art. 182 do CC faça menção à anulação do negócio, a mesma sistemática deve ser aplicada aos casos de nulidade (RODRIGUES, 2006, p. 305). Logo, “[n]ão distinguindo entre nulidade e anulabilidade, como fez nos arts. 166 e 171, o legislador equiparou os efeitos de ambas: nos dois casos, anulado ou declarado nulo o negócio, as partes retornam à situação em que anteriormente se encontravam” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 110).

No mesmo sentido apontam Tepedino *et al.* (2014, p. 332):

Com efeito, a declaração de nulidade e a decretação da anulação se submeteriam ao mesmo regime no que toca à retroatividade dos efeitos da sentença. Uma vez pronunciada a decisão que retira do mundo jurídico o negócio nulo ou o anulado, a sentença produz o efeito de determinar que as partes retornem ao estado anteriormente existente, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da realização do ato ou até o momento da prática do negócio.

Caso não haja possibilidade de assim se proceder, tal restituição será substituída por uma indenização equivalente ao objeto do negócio que deveria ter sido restituído” (TEPEDINO *et al.*, 2014, p. 332).

Portanto, com o reconhecimento da nulidade do negócio, o sistema veda a produção de todos os efeitos almejados pelas partes, de forma que as partes devem retornar ao estado anterior à celebração, evitando-se, inclusive, o enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, assim aponta Bunazar (2023, p. 163):

A restituição das partes consiste na eficácia da decisão que impõe o desfazimento de tudo o que fora consequência do ato jurídico preceptivo julgado inválido. Após a decisão, e desde que ela possa produzir toda sua eficácia típica, o ato inválido será anatematizado do mundo jurídico e, portanto, a partir de então, tido por inexistente (*rectius*: como se nunca houvesse existido).

Disso decorre que a restituição imporá a devolução de tudo quanto eventualmente fora prestado como eficácia do ato jurídico preceptivo inválido.

Essa restituição de que trata o artigo 182 do Código Civil tem suas raízes históricas no instituto da *restitutio in integrum*, criação do direito romano.

## 5.6. Superação das invalidades do negócio jurídico

Como visto, em regra, para que o negócio jurídico produza os efeitos almejados pelas partes, deverá existir, ser válido e ser eficaz. Por sua vez, a existência de vícios pode levar à invalidação, em razão da anulabilidade<sup>111</sup> ou nulidade<sup>112</sup>.

Apesar disso, “a verdade é que, na experiência da vida, se o negócio nulo não produz o efeito exatamente visado pela vontade contratual, gera, no entanto, efeitos secundários e práticos sendo até mesmo suscetível de consequências, ainda depois de declarada sua invalidade” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 200). Nesse sentido, atualmente é possível afirmar que negócios inválidos podem produzir efeitos válidos, que devem ser protegidos em nome dos valores superiores do sistema jurídico, que deve prevalecer em relação às exigências das regras que apontam para a invalidação (GUERRA, 2016, p. 97).

<sup>111</sup> Como aponta Guerra (2016, p. 98), “[n]a anulabilidade, sobressaem os valores de natureza individual visando a proteger o declarante ou às pessoas a ele ligadas”.

<sup>112</sup> Como aponta Guerra (2016, p. 103), “os casos de nulidade dizem respeito a um interesse social subjacente, o qual exige a declaração da absoluta ineficácia do ato/negócio jurídico. A ineficácia que como regra segue à nulidade absoluta é a consequência que se une ao que lhe orienta o ordenamento jurídico”.

Mais ainda, como pondera Leonardo Mattietto (2002, p.352), “a ordem jurídica não é inimiga dos interesses dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social”, mas ordenadora e coordenadora da sua realização, como forma de garantir a observância dos interesses do homem e da vida social. Assim, apenas deve ser negado efeito quando e no limite em que os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem. Trata-se de ideia que “domina toda a teoria dos negócios jurídicos”.

Aliás, como bem aponta Guerra (2016, p. 141), é em nome do princípio da socialidade, da funcionalização dos direitos, da constitucionalização do direito privado e da humanização das relações jurídicas, que o sistema reconhece a necessidade de preservar os efeitos do negócio nulo, desde que dignos de proteção pela ordem jurídica. Tais comandos possibilitam que, no caso concreto, a solução seja no sentido da eficácia negocial, reconhecendo efetividade ao negócio inválido em favor do “interesse social preponderante” (GUERRA, 2016, p. 147).<sup>113</sup>

É nesse contexto que será analisada a superação das invalidades do negócio jurídico. Considerando os objetivos do trabalho, serão brevemente analisados o princípio da conservação dos negócios jurídicos, a convalidação, a redução parcial e a conversão substancial.

### **5.6.1. O princípio da conservação do negócio jurídico**

Segundo Guerra (2016, p.363), a conservação do negócio jurídico é princípio geral do direito, fundado no art. 1º, IV, e no art. 170, *caput*, da CF, ao estabelecerem o valor social da livre iniciativa<sup>114</sup>. O princípio deve ser aplicado em todos os processos de revelação de normas jurídicas, impondo a interpretação teleológica e funcional dos negócios jurídicos, no sentido de exigir que o intérprete salve todo o possível de um negócio jurídico, nos planos da existência, validade e eficácia. Visa conferir tutela eficaz aos comportamentos úteis que tenham sido

---

<sup>113</sup> Como também aponta Guerra (2016): “A utilidade social que existe em toda atribuição jurídica é o que deve concretamente prevalecer. A destinação e a eficácia jurídico-social não podem ser violadas pelo intérprete. A aplicação literal das regras constantes dos artigos 166e 169 do Código Civil não se compatibiliza com as exigências da compreensão hodierna do Direito Civil. Os critérios de interpretação negocial devem abarcar os superiores princípios e os valores maiores regentes da ordem social, os quais compõem o arcabouço do Direito” (GUERRA,2016. p. 157).

<sup>114</sup> Como aponta Guerra (2016, p. 93-96), a conservação do negócio jurídico também é decorrência da segurança jurídica, não no sentido de de cancelar inexoravelmente o princípio *pacta sunt servanda*, mas no sentido de que a força obrigatória das convenções justifica a acomodação das alterações das circunstâncias que permeiam e afetam o equilíbrio das prestações, possibilitando a conservação do negócio. Nesse sentido, o princípio da conservação do negócio jurídico também guarda conexão com o princípio da proteção da confiança legítima e com o princípio do equilíbrio contratual. O autor destaca, ainda, que “a segurança jurídica e a proteção da confiança despertada são conceitos jurídicos imbricados”

originados com a autonomia privada, revelando a utilidade e eficácia social de cada negócio jurídico.

Portanto, é possível afirmar que o princípio da conservação possibilita a superação das invalidades, permitindo que o negócio jurídico produza os efeitos almejados pelas partes, em nome da segurança jurídica e dos interesses sociais. Segundo Mattietto (2002, p.353), é a tendência do direito contemporâneo no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado tanto quanto seja possível, em um autêntico *favor contractus*, uma vez que imagina-se que as partes tenham contratado para que o negócio valha e produza normalmente os seus efeitos.

Segundo Schmiedel (1981, p. 41), a tendência de superar eventuais irregularidades para conservar o negócio integra o núcleo do princípio da conservação. Tal superação pressupõe a análise da suficiência do suporte fático negocial nos planos da existência, validade e eficácia, ou seja, “desde sua entrada no universo dos valores jurídicos (plano de existência), seja na aferição de defeitos que lhe subtraíam a idoneidade para permanecer no âmbito jurídico (plano de validade), seja, ainda, na constatação de sua capacidade de gerar efeitos negociais (plano de eficácia)”.

Por sua vez, Bdine Júnior (2010, p. 106) aponta que o princípio tem incidência no campo da interpretação dos negócios jurídicos, possibilitando salvaguardar o máximo possível o que as partes pretenderam através da manifestação de vontade. Nesse sentido, apesar na invalidação ser a sanção prevista para as hipóteses de invalidade, o interesse social aponta para a “manutenção dos efeitos das manifestações de vontade - que despertam nos contratantes e em terceiros a convicção de sua idoneidade - justifica que se busque, sempre que possível, evitar a subtração da eficácia do negócio celebrado”.

Sobre a justificativa para a conservação dos negócios jurídicos, vale transcrever trecho extraído da obra de Azevedo (2002, p.66):

O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e está permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. Obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto.

Portanto, a ideia essencial contida no princípio da conservação é o aproveitamento do “mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia”, de forma que o aperfeiçoamento de tais elementos possibilita a superação do defeito que inquinava o negócio jurídico, impedindo que os efeitos pretendidos pelas partes sejam fulminados pela sanção da nulidade (SCHMIEDEL, 1981, p. 41) <sup>115</sup>.

Em que pese o princípio irradie efeitos por todo o ordenamento jurídico <sup>116</sup>, o que dispensaria a existência de regras específicas, foi materializado nos arts. 142, 144, 150, 157, § 2º, 170, 183 e 184 do CC. Nesse sentido, por exemplo, uma vez caracterizado o erro de indicação de pessoa ou coisa, o contrato não será anulado caso o contexto ou as circunstâncias do negócio possibilitarem a identificação da coisa ou pessoa cogitada (art. 142 do CC). No mesmo sentido, em relação ao instituto da lesão, uma vez caracterizada a anulabilidade do negócio jurídico, a invalidade não haverá a invalidação se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito (art. 157, § 2º, do CC).

Em relação ao Código Civil vale mencionar expressamente os arts. 170, 183 e 184, que integram o capítulo específico que disciplina a invalidade dos negócios jurídicos. Assim, segundo o art. 170 do CC, caso o negócio jurídico nulo contenha os requisitos de outro, este deverá subsistir quando o fim a que visavam as partes, se for possível que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade. Já por força do art. 183 do CC, a invalidade do instrumento não induzirá a invalidade do negócio jurídico sempre que puder ser provado de outra forma. E pelo art. 184 do CC a invalidade parcial do negócio não prejudicará a parte válida, se for possível a separação, respeitando a intenção das partes.

---

<sup>115</sup> De forma similar Guerra (2016, p. 150) sustenta que “o Princípio da conservação dos negócios jurídicos visa o aproveitamento na maior extensão possível do mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático do negócio para a obtenção do máximo da sua eficácia. O aperfeiçoamento dos elementos do negócio jurídico faz suprir o defeito que o macula, de sorte que não lhe seja imposta a sanção da nulidade, permitindo-lhe, por outro lado, o mínimo de eficácia pretendida pelos contratantes. O contrato é uma forma legítima de circulação de bens e de riquezas, vital instrumento de promoção dos Princípios da dignidade do ser humano e solidarismo social. Destarte, quando possíveis interpretações em sentidos distintos, é dever do aplicador do Direito optar por aquela via que lhe garanta eficácia preferindo uma interpretação jurídica funcionalizada que lhe confira efeitos concretos e máxima expansão de eficácia sociojurídica”

<sup>116</sup> Segundo Guerra (2016, p. 176), a conservação do negócio jurídico é princípio geral do direito, veiculado por uma cláusula geral, informando e iluminando todo o processo de interpretação (criação) das normas e dos negócios jurídicos.

Outrossim, no direito do consumidor o princípio da conservação dos negócios jurídicos<sup>117</sup> tem especial destaque como se infere do 51, § 2º, do CDC<sup>118</sup>. Segundo a referida norma, a nulidade de uma cláusula contratual abusiva causará a invalidade do contrato, salvo quando de sua ausência decorrer ônus excessivo às partes.

Ao analisar o art. 51, § 2º, do CDC, Nelson Nery Júnior (2022, p. 480) aponta que em atendimento ao princípio da conservação do contrato, o exame de cláusulas apontadas como abusivas deve ser realizado de modo a imprimir utilidade e operabilidade ao contrato de consumo, “não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo”.

### **5.6.2. Convalidação do negócio jurídico**

A convalidação é o fenômeno por meio do qual o próprio negócio inválido passa a produzir os efeitos almejados pelas partes, superando-se a invalidade. O meio para a convalidação é a confirmação.

Em relação à confirmação, a interpretação conjugada do art. 169 com o art. 172 do CC possibilita a identificação de caminhos distintos em relação à confirmação do negócio jurídico, a partir da gravidade da invalidade que macula o negócio. De forma geral, o negócio anulável pode ser confirmado, enquanto o negócio nulo é insuscetível de confirmação.

Assim, a possibilidade de convalidação dos negócios anuláveis é consequência da constatação de que “[n]a anulabilidade sobressaem fatores de natureza individual visando a proteger o declarante ou às pessoas a ele ligadas”, de forma “[s]omente os envolvidos, como regra, estão legitimados a demandar o pronunciamento judicial que o desconstitua”, diante do que é possível afirmar que “a anulabilidade admite a confirmação (ratificação) e a convalidação, sujeitando-se à vontade dos diretamente interessados e aos anseios sociais” (GUERRA, 2016, p. 98).

Como apontam Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 188):

Enquanto os negócios anuláveis podem ser naturalmente confirmados pelas partes, fazendo assim desaparecer o defeito que os atingia, o mesmo não se passa com os negócios nulos. Estes são verdadeiros natimortos. Surgem no mundo do direito sem

---

<sup>117</sup> Vale observar que ao analisar a regra do art. 52, § 2º, do CDC, Cavalieri Filho (2022, p. 231) adota a expressão “princípio da manutenção do contrato.

<sup>118</sup> Segundo Guerra (2016, p. 273): “O sistema consumerista opta claramente pelo Princípio da conservação dos negócios jurídicos nas relações por ele equacionadas. Afasta a interpretação no sentido de que a conclusão primeira, isto é, pela extinção negocial, seja a mais adequada. A regra jurídica em estudo presta-se a atender ao Princípio da conservação negocial. A interpretação contratual deve atender à utilidade e operatividade do negócio jurídico de consumo”

vida e não é dado nem ao juiz suprir-lhes o vício profundo que lhes acarreta a invalidade, nem às partes a força de ratificá-los. Os vícios dessa espécie são insanáveis e insupríveis. Nem mesmo a requerimento das partes (de comum acordo), é dado ao juiz suprir a nulidade (art.168, parágrafo único).

No mesmo sentido, Leonardo Mattietto (2002, p. 354):

O direito brasileiro expressamente exclui a confirmação do ato nulo (CC2002, art.169), sendo a ratificação, portanto, uma maneira de afastar apenas a anulabilidade. (...)

O efeito principal da confirmação do ato anulável é o de torna-lo perfeito, inatacável por ação de anulação, tampouco podendo ser o argumento da invalidade ser aproveitado em defesa: diz a lei, em linguagem pouco técnica, que a confirmação “importa a extinção de todas as ações, o exceções, de que contra ele dispusesse o devedor”(CC1916, art.151; CC2002, art. 175).

Nas anulabilidades, a possibilidade de confirmação está relacionada ao fato da invalidade ter origem no descumprimento de requisitos que repercutem preponderantemente no interesse das partes, sem que haja impacto sensível em relação ao interesse público. Como consequência, pela perspectiva dos interesses dos agentes do negócio, a confirmação supre o vício e possibilita a produção regular dos efeitos pretendidos, desde a celebração.

Nesse aspecto, a confirmação se diferencia da renovação, que corresponde à celebração de um novo negócio, sem a retroação automática dos seus efeitos.

Segundo Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 188) ação seria a única forma de convalidação dos negócios jurídicos nulos, sendo, inclusive, possível pactuar a retroação dos seus efeitos, desde que não haja prejuízo aos terceiros de boa-fé:

Se é do interesse das partes manter o acordo de vontades praticado de maneira nula, não podem lançar mão do expediente da confirmação (que nos negócios anuláveis afasta o defeito invalidante). Devem renovar o negócio, não no sentido de confirmá-lo, mas de celebrá-lo de novo, visto que do negócio nulo primitivo nenhum efeito vinculante decorre que possa ser validado ulteriormente.

A renovação do ato nulo, quando intentada entre as partes, como novo negócio jurídico que é, não retroage ao tempo do contrato inválido, e só opera *ex nunc*. E tem de ser praticada de forma a evitar os defeitos que acarretaram a invalidez, na primeira vez, como é óbvio.

Se, por si só, a renovação do negócio nulo não retroage, nada impede que, pela autonomia da vontade, os contratantes deem ao negócio novo uma eficácia convencional com vigência a partir do tempo do negócio anterior (nulo), "contanto que não envolvam na combinação a lesão de quaisquer direitos" (de terceiros). Tal eficácia originar-se-á da vontade negocial, não da natureza pura e simples da renovação; e valerá apenas enquanto restrita ao âmbito das relações entre os contratantes. Será totalmente ineficaz perante terceiros, sempre que puder, pela retroação atingir direitos ou interesses de outrem.

A confirmação pode ocorrer de forma expressa ou tácita. “É expressa a ratificação quando o ato de confirmação contém a substância do negócio inicialmente celebrado e a declaração da vontade dirigida a mantê-lo (BRASIL, 1916, art. 148; BRASIL, 2002, art. 173)”

(MATTIETTO, 2002, p. 353). Por sua vez, “...é tácita, quando, mesmo ciente do vício que inquinava o negócio, o devedor espontaneamente cumpre a obrigação dele resultante (BRASIL, 1916, art. 150; BRASIL, 2002, art. 174)” (MATTIETTO, 2002, p. 353).

Em relação ao negócio anulável, tratando-se de pretensão desconstitutiva, a conformação deve necessariamente ocorrer no prazo em que é possível o ajuizamento da ação anulatória, que é decadencial<sup>119</sup>, de 4 ou 2 anos, nos termos dos arts. 178 e 179 (BRASIL, 2002).

### **5.6.3. Redução parcial do negócio jurídico**

Segundo o art. 184 do CC, respeitando a intenção das partes, o reconhecimento da invalidade parcial de um negócio jurídico, se separável, não prejudicará na parte válida (BRASIL, 2002). A norma em questão autoriza a redução do negócio jurídico, que em termos gerais consiste em limitar o negócio jurídico à parte válida, de forma que o negócio jurídico produzirá parcialmente os efeitos almejados pelas partes, negando-se efeitos apenas à parte nula. É o que ocorre, por exemplo, com o reconhecimento da nulidade da fiança, mantendo-se, ademais, a validade da locação.

Como aponta Guerra (2016, p. 315), a redução parcial “é uma operação jurídica que consiste na eliminação dos elementos que determinam a invalidade de um negócio (absoluta ou relativa) de forma a obter-se com os restantes elementos um outro texto coerente e válido”. Trata-se de uma redução quantitativa e não qualitativa do negócio jurídico, mantendo-se, essencialmente o mesmo negócio, que fica amputado da parte inválida (GUERRA, 2016, p. 316).

Mas como adverte Veloso (2005, p. 112), “[p]ode a nulidade incidir, apenas, em fração ou seção do negócio, e vir a fulminá-lo, por inteiro, se esta parte é essencial, substancial. Na maioria das vezes, a nulidade atinge o negócio jurídico como um todo”. Logo, a redução do negócio jurídico pressupõe a possibilidade de separação entre a parte válida e a parte inválida do negócio jurídico.

Para que haja a redução, o negócio jurídico deve ser único e apenas uma parte não essencial deve ser inválida. Pressupõe-se, assim, estruturalmente, a unidade e a divisibilidade do negócio jurídico (GUERRA, 2016, p. 319).

---

<sup>119</sup> Vale observar que Agnelo Amorim Filho (2016), a partir da análise da pretensão, desenvolve critério científico para a diferenciação entre prescrição e decadência, concluindo que (i) apenas as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição; (ii) estão sujeitas à decadência as ações constitutivas com prazo de exercício previsto em lei; (iii) não estão sujeitas à prescrição ou decadência, as ações declaratórias e as ações constitutivas sem prazo

Também é necessário identificar a “vontade hipotética das partes”, que segundo Guerra (2016, p. 231) <sup>120</sup> não pressupõe a perquirição de elementos psicológicos, mas de processo hermenêutico a partir do qual tal vontade “deve ser aferida de forma objetiva, concretamente, com vistas à aplicação eficiente do princípio da conservação dos negócios jurídicos”.

Assim, a nulidade de uma parte não contaminará todo o negócio jurídico, ou seja, não o invalidará inteiramente, caso a separação seja possível (VELOSO, 2005, p. 112). A redução do negócio jurídico pressupõe que a invalidade seja parcial e que a nulidade incida sobre parte não essencial. Nesse sentido, a decretação de invalidade recairá apenas sobre uma fração do negócio jurídico, de forma que “devem ser atendidos os princípios da conservação (*favor negotii*) e da separabilidade, aproveitando-se o que é bom, o que resta e não foi maculado” (VELOSO, 2005, p. 112).

A inspiração da redução dos negócios jurídicos é o princípio da conservação, sendo que a tendência de conservar o negócio, apesar de irregularidades, integra o núcleo do princípio da conservação, como bem aponta Schmiedel (1981, p. 41):

Esta tendência de conservar o negócio, apesar de suas eventuais irregularidades, integra o núcleo do "princípio da conservação", o qual se faz presente seja na análise da suficiência ou não do suporte fático negocial, desde sua entrada no universo dos valores jurídicos (plano de existência), seja na aferição de defeitos que lhe subtraíam a idoneidade para permanecer no âmbito jurídico (plano de validade), seja, ainda, na constatação de sua capacidade de gerar efeitos negociais (plano de eficácia). É em vista do princípio da conservação que tanto “o legislador quanto o interprete-o primeiro na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios e o segundo na aplicação dessas normas - devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos, existência, validade e eficácia, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente”.  
A salvaguarda do negócio jurídico, ou seja, o fato de se aproveitar o mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia, é a ideia essencial contida no princípio da conservação. Mediante o aperfeiçoamento de tais elementos supre-se o defeito que inquinava o negócio jurídico e impede-se que seja fulminado com a sanção da nulidade, do que decorre a eficácia pretendida.

#### 5.6.4. Conversão substancial do negócio jurídico

Segundo Pontes de Miranda (2000, p. 102), “[a] conversão é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para

---

<sup>120</sup> Vale, ainda, citar a conclusão exposta por Guerra (2016, p. 324) ao analisar a objetivação da “vontade hipotética das partes” no processo hermenêutico de aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos: “Diante de todo o exposto, podemos concluir que no processo de interpretação da vontade negocial, o intérprete deve orientar-se consciente e decisivamente no sentido de lhe conservar a existência, a validade e a eficácia. Deve buscar o seu aproveitamento maior ao invés de perseguir a invalidade, como se inexorável ela fosse. Significa dizer que ainda que a indagação pelo intérprete a respeito à vontade hipotética leve-o a um "resultado neutral", na expressão de Schmiedel (1981), isto é, a um resultado inconclusivo, ou não suficientemente seguro, o ordenamento jurídico exige do julgador esforços na tarefa hermenêutica para a preservação negocial, resguardando nesse proceder a máxima *utile per inutile non vitiatur* do Direito canônico”

outro negócio jurídico ao qual é suficiente”. De forma mais elaborada, Schmiedel (1981, p. 75) afirma que a conversão substancial importa na “correção de qualificação jurídica” ou na “avaliação de negócio como de tipo diverso”, significando tratar-se de um “fenômeno de qualificação” por importar em “nova qualificação categorial”, valorando ou caracterizando o negócio como um tipo diferente daquele que foi efetivamente pactuado pelas partes.

Nas palavras de Veloso (2005, p. 119), é o fenômeno por meio do qual um negócio inválido é aproveitado, “convertendo-se num outro negócio, de tipo ou conteúdo diferente, se os requisitos de validade deste estão observados, desde que se possa concluir que as partes teriam querido esta substituição, se tivessem previsto a invalidade do negócio originário.

E como aponta Guerra (2016, p.331), trata-se de manifestação concreta do princípio da conservação<sup>121</sup>, que funciona como importante medida sanatória da invalidade dos negócios jurídicos<sup>122</sup>. É o processo por meio do qual um negócio nulo pode produzir os efeitos de um negócio diverso, o que tem o objetivo de salvaguardar na maior, extensão possível a eficácia jurídica e social, que corresponde ao resultado prático pretendido pelas partes. Trata-se, portanto, da reavaliação do comportamento negocial das partes, com a correção da qualificação jurídica do negócio. Mas o autor alerta que o instituto visa promover a circulação jurídica de bens e de riquezas, não atendendo apenas os interesses privados das partes, de forma que também resguarda anseios sociais superiores (GUERRA, 2016, p. 334).

Antes do advento do Código Civil de 2002 a doutrina sustentava a possibilidade da conversão substancial do negócio jurídico com fundamento nos princípios gerais do direito (SCHIEDEL,1981, p.73; VELOSO, 2005, p. 22; MATTIETTO, 2002, p536), dependendo de interpretação a ser realizada pelo juiz. Atualmente, o art. 170 do CC contém regra expressa que possibilita a conversão substancial, ao determinar que se “o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

Portanto, seja como decorrência dos princípios gerais do direito ou por aplicação do art. 170 do CC, é possível afirmar que a “[c]onversão do negócio jurídico se verifica quando

---

<sup>121</sup> No mesmo sentido, por exemplo, afirmam Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 208).

<sup>122</sup> Como aponta Alexandre Guerra (2016, p 336), como medida sanatória da invalidade, a conversão substancial excepciona a regra de que os negócios imperfeitos não devem produzir efeitos: “A conversão do negócio jurídico excepciona a regra segundo a qual o destino de um negócio jurídico imperfeito (seja porque inválido, seja porque ineficaz) é invariavelmente a sua imprestabilidade (isto é, a ineficácia jurídica e social do negócio eivado de invalidade). O seu fundamento ideológico reside no espírito da sanção dos atos e dos negócios jurídicos, o qual, como reiteradamente dissemos, subjaz sob toda a Ciência do Direito., Na sua essência, a conservação dos negócios jurídicos revela nitidamente a tendência de aproveitar ao máximo o mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para a obtenção da eficácia jurídica e social na maior extensão possível, permitindo-lhe a máxima expansão dos efeitos, como assevera igualmente Vincenzo Roppo”.

determinado negócio inválido produz efeitos de um outro negócio que, se supõe, as partes teriam desejado se soubessem da nulidade que o acometia” (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 146). Ou seja, “a conversão é em geral a mudança de uma coisa em outra” (PEREIRA; SOUZA *apud* MATTIETTO, 2002, p.358).<sup>123</sup>

Não se pode ignorar, ainda, que a conversão substancial está intimamente ligada à boa-fé objetiva<sup>124</sup>, no sentido de valorizar as justas expectativas das partes, evitando sejam completamente obstados os efeitos pretendidos para o negócio. Nesse sentido, o exercício hermenêutico para a conversão substancial deve considerar “...a causa que determina a nulidade do contrato primitivo concluído entre as partes e os interesses concretos que lhe sejam subjacentes” (MATTIETTO, 2002, p. 359).

Assim, o traço marcante do instituto é a modificação da qualificação jurídica do negócio inválido em outro que seja válido. É esse o sentido de se corrigir a qualificação jurídica, valorando o negócio como de tipo diverso. O negócio viciado deixará de existir e será substituído por um negócio diferente, ou seja, com tipo diferente daquele que foi efetivamente pactuado pelas partes.

E como a conversão substancial consiste na mudança de uma coisa para outra, Schmiedel (1981, p. 82) indica a operação requer “uma dupla atividade de qualificação”. Primeiro, a partir de um determinado suporte fático, constata-se a invalidade do negócio jurídico. Em seguida, “repete-se a operação de análise do suposto de fato, mas para detectar os requisitos de substância e de forma de outro negócio no qual há que se converter o primeiro”.

É importante apontar que a conversão substancial não se confunde com a formal. Nesta, a invalidade está relacionada com a forma pela qual o negócio foi celebrado, sendo que poderá subsistir com outra forma, desde que presentes os requisitos. Nessa situação, entretanto, “a

---

<sup>123</sup> Vale citar importante conceituação apresentada por João Alberto Schützer Del Nero (2001): “A assim chamada “conversão do negócio jurídico” pode consistir, no atual sistema jurídico brasileiro, em procedimento do autor do ato de qualificação jurídica de um certo negócio jurídico, que, diante do dilema “Maior grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e um modelo jurídico -Ineficácia do negócio jurídico” versus “Menor grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e outro modelo jurídico - Eficácia do negócio jurídico”, se decide em parte, vinculadamente e, em parte, discricionariamente (jamais, porém, arbitrariamente) - pelo segundo binômio, isto é, por “Menor grau de correspondência isomórfica ou homóloga entre o negócio jurídico e outro modelo jurídico – Eficácia do negócio jurídico”, com a finalidade de atribuir ou reconhecer (alguma) eficácia jurídica ao negócio jurídico *prima facie* juridicamente ineficaz *lato sensu*”

<sup>124</sup> Aliás, Guerra (2016, p. 236) aponta que a boa-fé lealdade deve ser concebida como um princípio basilar da vida negocial, conspirando em favor da aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos e para a segurança das relações negociais. A boa-fé ocupa um lugar de destaque por ser um vetor de interpretação negocial para a produção da eficácia jurídica e social. Dito de outra maneira: “A boa-fé lealdade figura. Como um critério hermenêutico que se justifica por uma interpretação teleológica e funcional de todas as normas jurídicas por meio da qual se obtém o resultado útil do negócio jurídico na sua maior extensão. Inspirado pela boa-fé lealdade, o Princípio da conservação nasce fundamentalmente na compreensão primeira do conteúdo, da função e da própria finalidade negócio jurídico”.

qualificação jurídica não é mudada” (VELOSO, 2005, p. 123), de forma que “não ocorre qualificação diversa do tipo negocial, que permanece o mesmo, seja quanto ao tipo, à natureza ou ao conteúdo” (SCHMIEDEL, 1981, p. 75).

De forma geral, a doutrina aponta que a conversão substancial tem um requisito objetivo e outro subjetivo, que atualmente podem ser extraídos do art. 170 do CC<sup>125</sup>. O pressuposto objetivo é que o negócio nulo contenha os requisitos de substância e forma do novo negócio. O pressuposto subjetivo é a vontade hipotética das partes<sup>126</sup>.

Em relação à vontade hipotética das partes, não se trata de perquirir os elementos íntimos e psicológicos, mas de aplicar um processo hermenêutico que permite a aferição da vontade de maneira objetiva e em concreto (GUERRA, 2016, p. 231). “Não se trata de exigir uma vontade concreta e real, mas de aferir uma vontade conjectural, virtual ou hipotética” (VELOSO, 2005, p. 124). Ou seja, tara-se de um limite negativo à conversão, no sentido da ausência de manifestação contrária à conversão substancial (SCHMIEDEL, 1981, p. 84).

Ainda sobre os requisitos para a conversão substancial, Bdine Júnior (2010, p. 146) propõe interessante desmembramento dos aspectos objetivos e subjetivos:

São requisitos da conversão: a) a nulidade do contrato; b) a idoneidade dos efeitos jurídicos modificados para satisfazer em medida razoável os interesses das partes; c) a presença no contrato estipulado dos requisitos necessários para a produção dos diversos efeitos jurídicos; e d) ignorância das partes a respeito da invalidade do contrato celebrado.

Em uma síntese do instituto, vale transcrever trecho da obra de Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 206):

Na noção geral de conversão o essencial está na ideia de admitir a substituição de um negócio jurídico por outro, em razão da invalidade do substituído, e no intento de proteger e manter a relevância jurídica da declaração de vontade que lhe deu origem. Cumpre-se, por seu intermédio, o princípio da conservação do negócio jurídico, de acordo com o qual "a atividade negocial deve ser o mais possível mantida para a consecução do fim prático perseguido”.

<sup>125</sup> Nesse sentido, por exemplo, Mattietto (2002, p. 358): “No que concerne aos requisitos da conversão, divergem os entendimentos. O entendimento majoritário, difundido pelos alemães e seguido no novo Código brasileiro, é de que o instituto exige a presença de dois requisitos: a) elemento objetivo - que o negócio resultante da conversão (negócio sucedâneo ou *Ersatzgeschäft*) tenha o mesmo objeto material do negócio tido como nulo; b) elemento subjetivo - que a conversão esteja em harmonia com a vontade hipotética das partes, isto é, desde que o julgador se convença de que, se as partes tivessem sabido da nulidade do negócio primitivo, teriam querido celebrar o sucedâneo”.

<sup>126</sup> Alexandre Guerra (2016, p.341) sustenta que “a vontade hipotética das partes não deve ser considerada um requisito essencial para a conversão substancial do negócio jurídico”. O autor justifica que “[a] eficácia jurídica e social que anima o negócio jurídico impõe ao intérprete reconhecer que as exigências de segurança jurídica não devem remanescer à mercê da captação da vontade hipotética das partes, a qual se mostra fluida pela sua própria essência...”.

Os negócios jurídicos integram-se não apenas pelas normas voluntárias criadas pela declaração das partes, mas também pelas regras supletivas da lei, desde que não afastadas pelas primeiras.

Se, pois, a norma que as partes imaginaram criar se mostra inexecutável, dentro da estrutura negocial, é preciso recorrer às normas legais para se tentar chegar ao resultado prático almejado. Assim se poderá conservar útil a finalidade negocial, sob outra roupagem jurídica, mas com fidelidade aos mesmos desígnios práticos. A substituição, no entanto, só será operada caso o resultado jurídico a que se chegue não seja contrário ao fim prático querido pelas partes. Faz-se, assim, uma recategorização do negócio jurídico, transformando-o em outro de diferente espécie.

Por fim, cabe observar que apesar de parte da doutrina sustentar a necessidade de requerimento para a conversão substancial do negócio jurídico, Guerra (2016, p. 353) aponta que a conversão pode ocorrer independentemente de postulação expressa das partes, com fundamento na função social, que contempla a perspectiva ética de preservação da eficácia do negócio.

## **6. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO QUE MASCARA CONTRATO DE CONSUMO**

Até este ponto do trabalho houve a análise do regime jurídico próprio das relações de consumo e do regime jurídico próprio do direito empresarial; houve a análise da sociedade em conta de participação como instituto de direito comercial; houve a análise das características gerais dos contratos de consumo; também foram abordados os aspectos gerais da invalidade dos negócios jurídicos e dos efeitos dos negócios jurídicos nulos.

O presente capítulo é destinado à análise conjugada dos institutos estudados, com o enfrentamento do problema proposto. Assim, será examinada a sociedade em conta de participação que mascara contrato de consumo, situação em que a despeito da forma societária, a essência do negócio é consumerista. Será demonstrada a incompatibilidade desse modo peculiar de combinação dos institutos, tendo como consequência o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico.

Em seguida, será analisada a forma adequada para a tutela do direito do consumidor, já considerando a atribuição de efeitos ao negócio jurídico nulo, uma vez que, por meio da conversão substancial o contrato de constituição da sociedade em conta de participação será aproveitado como contrato de consumo.

Este capítulo é dividido em quatro subcapítulos: no primeiro será analisada a invalidade da sociedade em conta de participação que esconde relação de consumo; no segundo será examinada a forma específica de superação da invalidade na referida hipótese; no terceiro será abordado o caminho para a tutela adequada dos direitos do consumidor na situação apontada; no quarto serão abordados os dois casos práticos em que com maior incidência é constatado o uso da sociedade em conta de participação para ocultar contratos de consumo.

E o capítulo seguinte, de número 7, será destinado à análise de precedentes judiciais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

### **6.1. A incompatibilidade entre a sociedade em conta de participação e os contratos de consumo**

Como visto, a sociedade em conta de participação tem natureza jurídica societária<sup>127</sup>, tratando-se de espécie de sociedade marcada pela inexistência de personalidade jurídica e patrimônio próprio. Pela perspectiva interna (relação entre os sócios), cabe ao sócio participante realizar o investimento que viabilizará a atividade, tendo como contrapartida a expectativa de participação no resultado. Por sua vez, cabe ao sócio ostensivo desempenhar a atividade que constitui o objeto social, em nome próprio e com responsabilidade ilimitada. Já pela perspectiva externa (relação com terceiros), a existência da sociedade é irrelevante para outras pessoas, uma vez que os direitos e as obrigações serão contraídos apenas pelo sócio ostensivo.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes características: (i) a informalidade, em razão da simplicidade de sua constituição e dissolução; (ii) a dinamicidade, por possibilitar a rápida mobilização de recursos; (iii) a flexibilidade, por possibilitar a exploração de toda sorte de negócios; (iv) o baixo custo; (v) a discricção, uma vez que a atividade é desenvolvida em nome do sócio ostensivo, sequer havendo interesse na divulgação da existência da sociedade (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p 31).

Assim, a sociedade em conta de participação deve ser compreendida como “um importante e plenamente lícito mecanismo jurídico de associação para a exploração dos mais diversos empreendimentos” (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 331), funcionando como um “...estupendo instrumento para a obtenção de recursos financeiros, permitindo ao sócio ostensivo o financiamento da sua atividade produtiva sem a oneração decorrente de uma obrigação fixa (juros decorrentes do contrato de mútuo); mas, em contrapartida, garantido ao investidor uma participação nos lucros do empreendimento comum” (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p 24).

Entretanto, as características que tornam a sociedade em conta de participação importante e atrativa no direito empresarial, ao mesmo tempo facilitam que o instituto seja indevidamente utilizado para encobrir contratos de consumo. E essa dualidade é especialmente consequência do tratamento diferenciado da informação, que tem função sensivelmente diferente no sistema empresarial e no sistema consumerista. Em uma verdadeira sociedade em conta de participação, a publicidade está mais relacionada com o interesse das partes, enquanto nos contratos de consumo a publicidade (que tem contornos muito mais amplos) está fortemente relacionada com os ditames da ordem pública e com os interesses sociais, especialmente a partir de

---

<sup>127</sup> É importante relembrar que a questão não é pacífica, havendo relevantes opiniões no sentido de que a sociedade em conta de participação teria natureza jurídica de contrato de investimento (por exemplo, Coelho (2018, p. 33)).

vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor e com a necessidade de controle por parte do Estado.

Assim, diante de um determinado caso concreto, o ponto de partida para o intérprete necessariamente será identificar a natureza jurídica da relação, possibilitando a solução adequada para a controvérsia, com a incidência do regime consumerista ou do regime empresarial. E a relação será de consumo caso estejam presentes os elementos estabelecidos nos arts. 2º e 3º do CDC, ou seja: como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; como objeto, os produtos e serviços; como finalidade, que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço como destinatário final (NERY JUNIOR, 2022, p.406).

Por exemplo, imaginemos que uma determinada pessoa (física ou jurídica) construa um pequeno prédio, com unidades autônomas. Pela perspectiva externa não será possível saber se os apartamentos serão destinados ao uso próprio ou se eventualmente serão alienados. Também não será possível saber se o construtor utiliza recursos próprios, se há alguma forma de parceria ou se contratou empréstimo. Tais informações serão irrelevantes para terceiros. E essa realidade não mudará se o construtor tiver um investidor e caso eles tenham formalizado o seu pacto pela constituição de uma sociedade em conta de participação. Nesse caso, tratando-se de uma relação paritária, provavelmente o construtor e o investidor terão avaliado a conveniência e os riscos do negócio, optando por unir seus esforços. Assim, fazendo uso dos bens investidos (dinheiro, terreno etc.), o construtor implementará a obra em nome próprio e ao final dividirá o resultado (em unidades autônomas ou com parte do produto da venda, por exemplo).

A situação será sensivelmente diversa caso o construtor tenha escolhido angariar recursos por meio da venda antecipada de unidades autônomas para destinatários finais, hipótese em que estará caracterizada a relação de consumo. Nesse contexto, a divulgação de informações que seriam irrelevantes em uma relação societária (pela perspectiva externa), passarão a ser obrigatórias e fundamentais para os adquirentes, para consumidores potenciais e para o poder público, que tem o dever de controlar e fiscalizar a atividade. E como consequência da incidência das normas de ordem pública e interessa social que integram o sistema consumerista, a liberdade do construtor será fortemente limitada, destacando-se, por exemplo, a necessidade de que a oferta contenha informações corretas, claras e precisas (art. 31 do CDC), assim como a exigência do prévio registro do memorial de incorporação para que se possa ofertar os apartamentos ao público (art. 32 da Lei n. 4.591/64).

Como se infere do exemplo proposto, dependendo da dinâmica do caso concreto, situações fáticas aparentemente similares (no exemplo proposto, a entrega de valores para a construção de um pequeno prédio) podem caracterizar um investimento ou uma venda e compra

consumerista. E a opção por formalizar o negócio por meio da constituição de uma sociedade em conta de participação apenas será possível na hipótese do investimento, sendo inadequada para a hipótese da venda e compra consumerista. Assim, o presente subcapítulo é destinado à breve demonstração da incompatibilidade entre a sociedade em conta de participação e o contrato de consumo, ou seja, neste ponto pretende-se demonstrar que o contrato de constituição de sociedade em conta de participação não pode ser utilizado para formalizar contratos de consumo.

Uma pergunta simples demonstrará a magnitude da incompatibilidade entre os institutos: por que fornecedor e consumidor não podem optar pelo contrato de constituição da sociedade em conta de participação? Não podem porque a caracterização da relação de consumo provocará a incidência transversal dos princípios e das normas do sistema consumerista, que são de ordem pública<sup>128</sup> e de interesse social<sup>129</sup>. E o sistema protetivo<sup>130</sup> imporá que a relação tenha contornos incompatíveis com a estrutura e o funcionamento da sociedade em conta de participação.

De início, a principiologia que informa os dois institutos é sensivelmente diversa. A sociedade em conta de participação, como instituto de direito empresarial, pressupõe a paridade entre os sócios que se relacionam com significativa equivalência. A relação será especialmente informada pela livre iniciativa<sup>131</sup>, que “...está ligada à liberdade de atuação e ao repúdio de privilégios, da proteção de alguns em detrimento de outros” (FORGIONI, 2019, p 289). Por sua vez, o contrato de consumo integra o sistema consumerista, que pressupõe o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, guiando a aplicação das normas protetivas para o reequilíbrio da

---

<sup>128</sup> Segundo Marques *et al.* (2021, p.58), “as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, não normas de direito privado mas com forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis por contratos”

<sup>129</sup> Segundo Marques *et al.* (2021, p. 59), “o Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional”

<sup>130</sup> Segundo Cavalieri Filho (2022, p. 7), a massificação da produção provocou o enfraquecimento do poder de escolha do consumidor, acentuando o desequilíbrio e a desigualdade de forças entre o consumidor e o fornecedor, o que gera a vulnerabilidade técnica, fática e jurídica. Em razão disso, a vulnerabilidade passou a ser requisito do conceito de consumidor, sendo a espinha dorsal do sistema, de forma que o sistema do consumidor é protetivo e parte da premissa da vulnerabilidade, como consequência do desequilíbrio natural entre o consumidor e o fornecedor.

<sup>131</sup> Como aponta Forgioni: “O papel central do princípio da livre iniciativa na economia capitalista é garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer, assegurando o acesso à contratação. Está visceralmente atado à liberdade de iniciativa econômica e à liberdade de empresa, que, por sua vez, significa liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la sponte própria. Encerra ao mesmo tempo liberdade de contratar e liberdade de concorrência...”. A professora acrescenta que o princípio da livre iniciativa deve ser lido em conjunto com o princípio da legalidade e arremata com a seguinte afirmação: “Em uma frase: a liberdade de iniciativa é uma viga mestra da nossa ordem econômica, mas é limitada pela legalidade” (Paula Andrea Forgioni. Contratos, p. 287).

relação obrigacional em prol da justiça equitativa. Assim, a aplicação dos mesmos ditames de igualdade e justiça que justificariam o favorecimento do consumidor para reequilibrar a relação de consumo, determinariam a não intervenção na sociedade em conta de participação, para que prevaleça o equilíbrio estabelecido pelas próprias partes.

De maneira similar, a informalidade e a discricção, que são características essenciais da sociedade em conta de participação, são incompatíveis com as exigências de informação e a transparência, que são fundamentais nas relações de consumo. Nesse sentido, a relação entre sócio participante e ostensivo não interessa às demais pessoas<sup>132</sup>, nas relações de consumo a vulnerabilidade do consumidor impõe que a informação seja especialmente compreendida como um dever do fornecedor, que somente será cumprido se a informação for transmitida de forma adequada (compatibilidade entre riscos e meio de informação), suficiente (informação completa e integral) e verdadeira (CAVALIERI FILHO, 2022, p.119-223).

Além disso, a informalidade e o sigilo característicos da sociedade em conta de participação são obstáculo intransponível para que o Estado controle e fiscalize as relações de consumo<sup>133</sup>. Como se verá no item 6.5, nos casos com maior incidência de sociedades em conta de participação escondendo contratos de consumo, que são a venda de unidades autônomas em incorporação imobiliária e os contratos de investimento coletivo, a lei exige rigoroso controle estatal, materializado, respectivamente, pelo oficial de registro de imóveis e pela Comissão de Valores Mobiliários. Mas a informalidade e o sigilo diante de contratos de consumo, impedem o efetivo controle.

A forma pela qual ocorrem as deliberações entre os sócios também evidencia a incompatibilidade entre os institutos. Na da sociedade em conta de participação as deliberações são tomadas pela maioria do capital social (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 59), uma vez que as relações societárias são norteadas pelo princípio majoritário. Entretanto, nos contratos, mais ainda quando caracterizada a relação de consumo, as obrigações assumidas devem ser cumpridas, inclusive os deveres anexos gerados pela boa-fé objetiva, destacando-se, por exemplo, a obrigação de cumprimento das promessas feitas na fase pré-contratual.

Da mesma forma, na sociedade em conta de participação não é possível a inaplicação da exceção do contrato não cumprido (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p. 59), o que seria

---

<sup>132</sup> Segundo Scalzilli e Spinelli (2014, p. 67), externamente o sócio ostensivo atua como se não houvesse sociedade em conta de participação, "...pois não revela a existência da sociedade entre ele e o sócio participante, não porque isto seja proibido, mas simplesmente porque a existência da associação entre eles simplesmente não interessa a terceiros...".

<sup>133</sup> Segundo Arruda Alvim *et al.* (1995, p. 46) o Estado, enquanto ente máximo organizador da sociedade é responsável por prover o consumidor dos mecanismos suficientes que propiciem sua efetiva proteção.

incompatível com os contratos de consumo, eis que são relações sinalagmáticas, com a especial proteção do consumidor, como consequência da vulnerabilidade. Seria, assim, inadequado imaginar que o sócio participante (consumidor) fosse obrigado a continuar investindo (pagamento das parcelas do preço) diante do descumprimento das obrigações (inadimplemento) assumidas pelo sócio ostensivo (fornecedor).

Igualmente deve ser apontado que nos contratos de consumo seria inviável a aplicação subsidiária das regras da sociedade simples (art. 1.001 do CC), com especial atenção ao art. 1.008 do CC, no sentido de ser “nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”. Por aplicação da referida regra, nas sociedades em conta de participação a participação dos sócios nos resultados também significa a divisão dos prejuízos da sociedade, sendo, ademais, vedado que o investidor seja resguardado da perda do valor investido<sup>134</sup>. Ora, o consumidor não está sujeito aos riscos da atividade do fornecedor, sendo que o recebimento do produto ou do serviço é consequência do pagamento do preço. Portanto, nos contratos de consumo, além de não ser possível que o consumidor perca integralmente os valores aportados, jamais poderá participar dos prejuízos da atividade do fornecedor. Assim, por exemplo, nos contratos de consumo não é admitida a perda integral dos valores pagos, mesmo diante da desistência do próprio consumidor (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p 59).

E o fato do investimento realizado pelo sócio participante integrar o patrimônio do sócio ostensivo (SCALZILLI; SPINELLI, 2014, p 59) também gera incompatibilidade com as relações de consumo, em razão da possibilidade dos valores aportados pelo consumidor virem a ser alcançados pelos credores do fornecedor. Pela sistemática do direito societário, os bens transferidos pelo sócio participante passam a ser propriedade do sócio ostensivo, sem qualquer afetação (pela perspectiva externa) com a atividade da sociedade em conta de participação. Já na relação de consumo há necessidade de proteção do investimento realizado. Assim, por exemplo, em razão de dívidas relacionadas com a incorporação imobiliária ou mesmo pessoais do incorporador, o verdadeiro sócio participante (investidor) estaria exposto e sujeito a deixar receber os lucros almejados, enquanto em um contrato de consumo seriam reconhecidos os direitos do promitente comprador, inclusive como direito real oponível a terceiros e possibilitando a adjudicação compulsória do imóvel<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Como apontam Scalzilli e Spinelli (2014, p.88), na sociedade em conta de participação os sócios podem modular a responsabilidade do sócio participante, que pode ser limitada ou ilimitada, mas nunca no sentido de resguardar a perda do valor investido.

<sup>135</sup> § 2º, do art. 32, da Lei n. 4.591/1964

Por fim, os caminhos típicos para o rompimento do vínculo entre os sócios, por meio da dissolução parcial ou total da sociedade, também são inadequados às relações de consumo. Por exemplo, diante de eventual inadimplemento não seria possível que o consumidor fosse excluído da sociedade em conta de participação com fundamento na alegada caracterização de falta grave no cumprimento de suas obrigações (art. 1.030 do CC do CC), sujeitando-se à posterior prestação de contas (art. 996 do CC). Caso a relação seja verdadeiro contrato de consumo, o fornecedor deverá exigir o adimplemento das obrigações do consumidor ou pleitear a rescisão do contrato, nos termos do regime consumerista e observando as suas consequências próprias.

Outrossim, pela perspectiva do regime consumerista, a estrutura da sociedade em conta de participação representaria obstáculo à sua tutela adequada dos direitos dos consumidores. Ressaltando que o sistema consumerista é composto por normas de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), as características próprias da sociedade em conta de participação poderiam, por exemplo: impossibilitar que a responsabilidade do fornecedor seja considerada com a amplitude necessária (art. 51, I e XVIII, do CDC), uma vez que a lógica empresarial imporia o tratamento paritário em uma relação desequilibrada; dificultar ou impedir o reembolso de quantias pagas (art. 51, II, do CDC), uma vez que o sócio participante divide proporcionalmente os prejuízos da atividade, inclusive sem garantia de restituição do investimento realizado; impossibilitar a inversão do ônus da prova (art. 51, VI, do CDC), como consequência do tratamento paritário conferido aos sócios; possibilitar o uso de arbitragem compulsória (art. 51, VII, do CDC), que é consequência da autonomia privada em uma relação paritária; possibilitar que o fornecedor, como sócio majoritário, decida sozinho sobre o cumprimento das obrigações, a variação do preço, o cancelamento do contrato e a modificação das obrigações (art. 51, IX, X, XI e XIII, do CDC), o que seria decorrência do fato de ser detentor da maior parte do capital social.

Ademais, como visto, as características da sociedade em conta de participação e o seu funcionamento peculiar, por si só, caracterizam a incompatibilidade com o sistema consumerista, provocando a nulidade do negócio jurídico, em razão das obrigações assumidas pelo consumidor serem iníquas e abusivas, colocarem o consumidor em desvantagem exagerada e serem incompatíveis com a boa-fé e a equidade (art. 51, IV, do CDC). Além disso, o funcionamento específico da sociedade em conta de participação estaria em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV, do CDC).

Portanto, como demonstrado, a essência e os contornos da sociedade em conta de participação são incompatíveis com as relações de consumo. E nesse caso, para a adequação

não bastaria a aplicação transversal dos princípios e das regras do regime jurídico consumerista, em razão da intensidade da diferença entre os regimes jurídicos e os institutos. Assim, é possível concluir que o fornecedor que usa a sociedade em conta de participação para ocultar verdadeiro contrato de consumo pretende, em verdade, evitar a incidência dos princípios e das regras do regime consumerista, que são de ordem pública e interesse social, tendo o objetivo de proteger o consumidor, que é parte vulnerável na relação obrigacional.

## **6.2. Nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação que mascara verdadeiro contrato de consumo**

Como demonstrado no subcapítulo anterior, o contrato de constituição de uma sociedade em conta de participação é inadequado para formalizar contratos de consumo. Apesar disso, a experiência prática tem mostrado o crescente uso desse instrumento para disfarçar contrato de consumo. Nesses casos, o objetivo do fornecedor é evitar a incidência dos princípios e das regras do regime consumerista, que são protetivas do consumidor, parte vulnerável na relação.

Quando o instituto societário for utilizado para encobrir contratos de consumo, formalmente o negócio jurídico consistirá em um contrato de constituição de sociedade em conta de participação. E como as normas do Código de Defesa do Consumidor não são aplicáveis às relações societárias, em princípio haverá um obstáculo para o reconhecimento da invalidade e para que posteriormente seja possível tutelar de forma adequada os direitos do consumidor. Assim, para aplicar o regime consumerista, o intérprete deverá ultrapassar a forma e enxergar a relação jurídica subjacente que existe entre as partes, de forma substancial. Ou seja, em uma primeira etapa do caminho interpretativo será necessário reconhecer a invalidade do negócio jurídico (contrato de constituição da sociedade em conta de participação), para que em uma segunda etapa seja possível solucionar o litígio que diz respeito à relação jurídica com natureza diversa (contrato de consumo).

Sem que a interpretação seja realizada em duas etapas, a tendência é que a relação de consumo seja desconsiderada. Ou seja, analisando apenas a nulidade o contrato de constituição da sociedade em conta de participação, o intérprete provavelmente reconhecerá a invalidade do negócio jurídico tal como formalizado e aplicará as consequências jurídicas a partir dessa primeira perspectiva. Não haverá a continuidade da atividade interpretativa e a relação de consumo será desconsiderada. É o que acontece, por exemplo, quando se reconhece nulidade de uma sociedade em conta de participação que mascara verdadeiro contrato de consumo destinado à intermediação de investimentos, mas sem a prévia autorização pela Comissão de

Valores Mobiliários, hipótese em que a nulidade do negócio jurídico pode ser declarada devido à ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC), com a restituição das partes ao estado anterior (art. 182 do CC). Em tal situação, a solução é indiscutivelmente adequada, mas desconsidera a relação de consumo subjacente e resolve a controvérsia exclusivamente pela perspectiva do direito civil.

Assim, mesmo com toda a sua força e eloquência, o art. 51 do CDC, sozinho, será insuficiente para viabilizar a tutela adequada os direitos do consumidor. E pergunta-se: por que o art. 51 do CDC não é suficiente para justificar a nulidade das obrigações assumidas em um contrato de constituição de sociedade em conta de participação e permitir a tutela adequada do direito do consumidor? Porque em tal caso o descumprimento das normas do Código de Defesa do Consumidor não terá sido direto, mas indireto, o que caracteriza a tentativa de fraude à lei imperativa.

Vale lembrar que a fraude à lei é hipótese de nulidade do negócio jurídico (art. 166, IV, do CC) consiste no uso de meios indiretos para violar uma norma jurídica cogente (LOTUFO, 2004, p.461), ou seja, trata-se do emprego de meios indiretos visando a obtenção de resultado proibido pela lei ou na tentativa de impedir a realização do fim por ela imposto (GUERRA, 2016, p. 106). Assim, na fraude à lei há a intenção, direta ou indireta, de fraudar o imperativo da norma jurídica (NERY JUNIOR, 2010).

É importante notar que na fraude à lei imperativa o fim alcançado não é por si ilícito, sendo que a ilicitude é caracterizada por, naquele caso, contornar-se a lei imperativa (BUNAZAR, 2023, p.158). Visto de outro modo, na fraude à lei há o emprego de maquinação para, respeitando a lei, violá-la ou impedi-la de incidir, de forma que a transgressão da lei ocorre com o uso da própria lei (THEODORO JÚNIOR; FIGUEIREDO, 2021, p. 188). As partes se valem de expedientes para ludibriar a incidência da lei imperativa e, sem contrariar diretamente a lei, obter fim proibido (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 44).

A importância da questão justifica a transcrição de trecho didático extraído da obra de Pontes de Miranda (2000):

A violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de fraude à lei, que se dá quando, pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva. O *agere contra legem* não se confunde com o *agere in fraudem legis*: um infringe a lei, fere-a, viola-a, diretamente; o outro, respeitando-a, usa de maquinação, para que ela não incida; transgrede a lei, com a própria lei. A interpretação há de mostrar que só se quis obter o que, pelo caminho proibido, não se obteria. O que importa é o conteúdo do negócio jurídico; não a forma.

Portanto, a fraude à lei consiste no uso de meios indiretos para que, com aparência de licitude e sem violar o texto expresso da lei, sejam obtidos efeitos não autorizados pelo ordenamento jurídico, em violação à lei imperativa. Trata-se da tentativa de contornar a lei imperativa por meio do uso de norma diversa.

Um exemplo pode ajudar na compreensão da ideia apresentada. Voltemos para a hipótese da construção de um pequeno prédio de unidades autônomas. Caso o construtor tenha constituído uma sociedade em conta de participação, possivelmente o instrumento terá sido redigido no sentido de retratar uma relação de investimento, por meio da qual o sócio participante tem a expectativa de participar do resultado, o que inclusive pode ocorrer pelo recebimento de uma unidade autônoma<sup>136</sup>. Possivelmente a simples leitura do instrumento não será suficiente para identificar se a natureza da relação é verdadeiramente societária ou se eventualmente ocultar um contrato de consumo. Mas caso a relação seja de consumo e o construtor venha a ter insucesso na incorporação, quando a disputa for levada à juízo o Poder Judiciário se deparará com um contrato de constituição de sociedade em conta de participação que, apesar de ser válido pela perspectiva do direito empresarial, terá estabelecido obrigações que seriam incompatíveis com o regime jurídico consumerista. Por exemplo, diante do insucesso da operação seria juridicamente admissível que o verdadeiro investidor perdesse o valor investido<sup>137</sup>, mas não seria possível que o consumidor deixasse de ser indenizado de acordo com a extensão do dano sofrido. Assim, caso o juiz se convença de que a relação é de consumo, terá que reconhecer que o meio adotado para formalizar o negócio (contrato de constituição da sociedade) teve por objetivo evitar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, que é lei imperativa. Logo, o negócio jurídico aparentemente não terá violado de forma direta a lei, porque formalmente não se trata da promessa de venda e compra de um apartamento em desacordo com as regras consumeristas. Mas de forma indireta, o fornecedor terá se valido da legislação que permite a constituição de sociedades em conta de participação para tentar evitar a incidência obrigatória do Código de Defesa do Consumidor, que é lei imperativa. Logo, a violação da lei não terá sido frontal, mas indireta, o que acarreta a nulidade do negócio jurídico com fundamento no art. 166, IV, do CC. O problema não estará na forma, mas no conteúdo. E a invalidade será consequência da maquinação empregada para obstar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>136</sup> Nota sobre a possibilidade de ser in natura

<sup>137</sup> Segundo Scalzilli e Spinelli (2014, p.152 ), apesar dos sócios regulem as respectivas participações nas perdas, “...é de se destacar que é vedada a estipulação contratual que restrinja a responsabilidade do sócio participante a ponto de resguardar o valor de sua própria entrada”

Também é possível que a sociedade em conta de participação que encobrir contrato de consumo caracterize um negócio jurídico simulado, que não se confunde com a fraude à lei. A simulação é destinada a ocultar a realidade jurídica, de maneira que as partes não desejam se submeter aos efeitos do negócio celebrado, mas iludir. Por sua vez, a fraude à lei visa impedir a incidência da norma por meio alternativo, sendo que as partes desejam a consequência jurídica do negócio, sendo que esse resultado é exatamente o que o ordenamento pretendia evitar (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 45).

Como já visto, a simulação também é causa de nulidade do negócio jurídico (art. 167, *caput*, do CC), caracterizada pela declaração enganosa da vontade que visa produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Ou seja, trata-se da hipótese em que um negócio aparentemente está em acordo com a ordem jurídica que o disciplina, mas, em verdade, não visa o efeito que deveria produzir, tratando-se de uma declaração enganosa de vontade (TEPEDINO *et al.*, 2014, p. 316). Em outras palavras, na simulação o negócio é realizado pelo acordo de todas as partes no sentido de emitir declaração de vontade divorciada do que verdadeiramente desejam, com a finalidade de enganar inocuamente (simulação inocente) ou em prejuízo da lei ou de terceiros (simulação fraudulenta ou ilícita) (NERY JUNIOR, 1983, p.46).

Diante disso, uma vez que o contrato de constituição da sociedade em conta de participação seja simulado e que as partes pretendam a produção de efeitos diversos dos ostensivamente indicados, a solução será o reconhecimento da nulidade.

Portanto, como visto, sempre que um contrato de constituição de sociedade em conta de participação esconder contrato de consumo o negócio jurídico será nulo, como consequência da fraude à lei imperativa (BRASIL, 2002, art. 166, IV) ou em razão da simulação (BRASIL, 2002, art. 167, *caput*).

### **6.3. Superação das invalidades**

Como visto, para que produza os efeitos almejados pelas partes, o negócio jurídico deve existir, ser válido e eficaz<sup>138</sup>. E o cerne do problema envolvendo as sociedades em conta de

---

<sup>138</sup> Com apoio na lição de Bdine Júnior (2010, p.14), é possível afirmar que “[o] negócio inexistente é aquele se ressentido de um de seus elementos estruturais (circunstâncias negociais, forma e objeto)”; o negócio inválido é aquele “...celebrado com descumprimento de um dos requisitos de validade, ou seja, em contrariedade ao direito”; e o negócio jurídico ineficaz é aquele que não produz os efeitos que lhe são próprios, no sentido de alterar situações jurídicas, constituindo-as, modificando-as ou extinguindo-as.

participação que ocultam verdadeiros contratos de consumo está no plano da validade, por serem negócios jurídicos celebrados em contrariedade ao direito.

Em tal situação o contrato de constituição da sociedade em conta de participação será nulo<sup>139</sup>, seja em razão do objetivo de fraudar a lei imperativa (BRASIL, 2002, art. 166, VI) ou em razão da simulação (BRASIL, 2002, art. 167, *caput*)<sup>140</sup>. E a consequência inevitável será o reconhecimento da invalidade<sup>141</sup> do negócio jurídico.

Como também já foi visto, a nulidade, que decorre da inobservância de requisitos de ordem pública ou interesse social, não pode ser suprida pelo juiz ou sanada pela confirmação<sup>142</sup><sup>143</sup>. Pode ser alegada por qualquer interessado e pelo Ministério Público, devendo ser reconhecida de ofício, independentemente da natureza da ação. Em tal caso, o provimento jurisdicional é declaratório, com efeitos *ex tunc*, de forma que o negócio não terá produzido os efeitos que lhe são próprios.

Portanto, o reconhecimento da nulidade produz efeitos retroativos, diante do que o art. 182 do CC estabelece duas soluções: preferencialmente, determina o retorno das partes ao estado anterior<sup>144</sup>, “isto é, o estado em que se encontravam os bens da vida nos patrimônios

---

<sup>139</sup> A invalidade do negócio comporta graus, conforme a gravidade e intensidade da infração à norma jurídica. Assim, o negócio será nulo ou anulável, de acordo com a predominância do interesse público ou privado em relação à circunstância geradora da desconformidade com o direito. Ou seja, “os casos de nulidade dizem respeito a um interesse social subjacente, o qual exige a declaração da absoluta ineficácia”, sendo “consequência que se une ao que lhe orienta o ordenamento jurídico” (GUERRA, 2016, p. 103).

<sup>140</sup> Não se pode ignorar a existência de precedentes que, de forma indiscutivelmente válida, em certos casos reconhecem a nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação em razão da ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC), determinando a restituição das partes ao estado anterior (art. 182 do CC). É o que acontece, por exemplo, em muitos dos casos nos quais o negócio subjacente é um contrato de investimento coletivo não autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários. A única crítica que se faz, a partir da perspectiva específica deste trabalho, é o fato de que se trata de solução construída exclusivamente a partir da perspectiva civilista, desconsiderando a relação jurídica de consumo (conteúdo) que está por trás da forma (contrato de constituição da sociedade em conta de participação). O resultado do caminho interpretativo até pode ser o mesmo (reconhecimento da nulidade e o retorno das partes ao estado anterior), mas a aparentemente a incidência transversal do regime consumerista exigiria que tal conclusão fosse alcançada a partir do Código de Defesa do Consumidor e não apenas com apoio no Código Civil.

<sup>141</sup> Com apoio na lição de Veloso (2005, p.21), é possível afirmar que a validade “é o conjunto de requisitos que determinam a vigência de um negócio, seus elementos constitutivos, em conformidade com o ordenamento jurídico”, razão pela qual o negócio jurídico inválido é aquele que não observar os referidos requisitos.

<sup>142</sup> Como visto, convalidação é o fenômeno por meio do qual o próprio negócio inválido passa a produzir os efeitos almejados pelas partes, superando-se a invalidade. De forma geral, o negócio anulável pode ser confirmado, enquanto o negócio nulo é insuscetível de confirmação

<sup>143</sup> Como aponta Mattietto (2002, p. 354): “O direito brasileiro expressamente exclui a confirmação do ato nulo (CC2002, art.169), sendo a ratificação, portanto, uma maneira de afastar apenas a anulabilidade. (...) O efeito principal da confirmação do ato anulável é o de torná-lo perfeito, inatacável por ação de anulação, tampouco podendo ser o argumento da invalidade ser aproveitado em defesa: diz a lei, em linguagem pouco técnica, que a confirmação “importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor”(CC1916, art.151; CC2002, art. 175)”.

<sup>144</sup> “Ocorre que em ambos os casos (o que nos parece suficientemente claro a essa altura) os efeitos do pronunciamento judicial são rigorosamente os mesmos: ambos ostentam a mesma eficácia “ex tunc”. Aliás, é o

*envolvidos pelo negócio*” (LOTUFO, 2004, p. 490); não sendo possível restituí-las ao estado anterior, as partes serão indenizadas com o equivalente.

E como será demonstrado no capítulo seguinte, que cuida da análise de precedentes, essa solução tem sido adotada em parte dos casos<sup>145</sup>. Trata-se de solução válida e compatível com a disciplina da invalidade dos negócios jurídicos, proporcionando resultado que não pode deixar de ser considerado bom, pela perspectiva da ciência jurídica e pela perspectiva da tutela dos interesses em litígio.

Mas o presente trabalho propõe que prossiga na atividade interpretativa, na busca de uma solução ainda melhor. É que a solução aparentemente proporcionada pelo art. 182 (BRASIL, 2002) não é suficiente diante do problema proposto neste trabalho, o que pode ser compreendido por duas perspectivas diferentes. Primeiro, tratando-se de uma relação verdadeiramente de consumo, é necessário que a controvérsia seja resolvida com a aplicação dos princípios e das normas do Código de Defesa do Consumidor, mesmo que o resultado prático eventualmente seja o mesmo (retorno as partes ao estado anterior). Por uma segunda perspectiva, a simples restituição ao estado anterior aparenta ser contrária à lógica do sistema consumerista, que é centrada no princípio da vulnerabilidade, exige a proteção especial do consumidor<sup>146</sup> e impõe obrigações mais acentuadas ao fornecedor. Assim, a solução civilista aparenta premiar o fornecedor descuidado ou malicioso, que, sem o efetivo reequilíbrio das forças pelo Poder Judiciário, acaba recebendo tratamento jurídico paritário quando em verdade a relação jurídica envolve partes desiguais.

Assim, a solução do caso apenas com a aplicação do art. 182 (BRASIL, 2002) acaba sendo contrária à isonomia, por tratar de forma igual sujeitos desiguais (fornecedor e

---

que se infere pelo artigo 182, 1ª parte, do Código Civil: "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". O reconhecimento judicial de nulidade ou de anulação do negócio jurídico igualmente restaura o estado de coisas anterior ao momento de celebração do negócio, razão pela qual em ambos indistintamente operam iguais efeitos "ex tunc", sem prejuízo da possibilidade de específica modulação dos efeitos da sentença proferida pela autoridade judicial (o que se pode concretamente estabelecer atendendo, por exemplo, às concretas exigências da vedação ao enriquecimento sem causa, da tutela do terceiro de boa-fé da salvaguarda da confiança negocial etc.)" (GUERRA, 2016, p. 131).

<sup>145</sup> Por exemplo, nos autos da Apelação Cível 1011110-72.2020.8.26.0003, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu que a despeito da constituição de sociedade em conta de participação para a compra e venda de criptoativos, houve a pactuação de verdadeiro investimento ocasional e não a constituição de sociedade não personificada, o que determina a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, a conclusão do julgado foi no sentido de que “[u]ma vez não cumpridas as obrigações pactuadas, deve haver a resolução do negócio, com o retorno das partes ao status anterior. Logo, os valores aportados pelas autoras deverão ser restituídos integralmente, com correção monetária do desembolso e juros de mora da citação” (TJSP - 31ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível 1011110-72.2020.8.26.0003 – rel. Des. Rosângela Telles – j. 07/03/2022).

<sup>146</sup> Segundo Marques *et al.* (2021, p.223), a vulnerabilidade é o traço universal de todos os consumidores, sendo que a aplicação de regras protetivas visa reequilibrar as relações jurídicas, à luz da igualdade e da justiça equitativa.

consumidor). A solução que ora se propõe, então, é o prosseguimento da atividade interpretativa, para superar a invalidade e permitir que o negócio jurídico nulo produza efeitos, em prol da tutela mais adequada do direito do consumidor.

Se o sistema consumerista foi construído (a partir de exigência constitucional) com alicerce na ideia de que o consumidor deve ser protegido antes, durante e depois da celebração do contrato, a verdadeira valorização do sistema exige que os direitos do consumidor sejam efetivamente tutelados nas situações em que o descuido ou a malícia do fornecedor tenham concretamente prejudicado o fornecedor.

Como já visto, atualmente é possível afirmar que negócios inválidos podem produzir efeitos válidos, que devem ser protegidos em nome dos valores superiores do sistema jurídico, por serem preferenciais em relação às exigências das regras que apontam para a invalidação (GUERRA, 2016, p. 97). A ordem jurídica não é inimiga dos interesses individuais e do desenvolvimento da vida social, mas ordenadora e coordenadora da sua realização, de forma que apenas deve ser negado efeito ao negócio jurídico quando e na proporção em que os valores ou interesses que presidem tal coordenação ou ordenação o exigem (MATTIETTO, 2002, p. 352).

Nesse sentido, Guerra (2016, p. 141) aponta que em nome do princípio da socialidade, da funcionalização dos direitos, da constitucionalização do direito privado e da humanização das relações jurídicas, o sistema reconhece a necessidade de preservar os efeitos do negócio nulo, desde que dignos de proteção pela ordem jurídica. Assim, no caso concreto é possível conferir efetividade ao negócio inválido em favor do interesse social preponderante (GUERRA, 2016, p. 149). Vale transcrever o seguinte trecho de sua obra:

A utilidade social que existe em toda atribuição jurídica é o que deve concretamente prevalecer. A destinação e a eficácia jurídico-social não podem ser violadas pelo intérprete. A aplicação literal das regras constantes dos artigos 166 e 169 do Código Civil não se compatibiliza com as exigências da compreensão hodierna do Direito Civil. Os critérios de interpretação negocial devem abarcar os superiores princípios e os valores maiores regentes da ordem social, os quais compõem o arcabouço do Direito” (GUERRA, 2016, p. 157).

Vale também lembrar que o sistema consumerista é composto por normas de ordem pública e interesse social (BRASIL, 1990, art. 1º), tendo como fonte a própria Constituição Federal, no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V, assim como no art. 48 do ADCT. Assim, é forçoso reconhecer que o interesse social predominante indica para a interpretação que potencializa a

proteção do consumidor<sup>147</sup>, o que no caso justifica a superação da invalidade e a atribuição de efeitos ao negócio jurídico nulo.

Logo, a ideia proposta é que a valorização do regime consumerista, composto por normas de ordem pública e interesse social, deve ser considerada suficiente para que o interprete ultrapasse a nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação. E para que após o reconhecimento da nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação seja possível atribuir efeitos ao contrato de consumo que estava subjacente, será necessário especial apoio no princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Como igualmente já visto, trata-se de princípio geral do direito fundado no art. 1º, IV, e no art. 170, *caput*, da CF (GUERRA, 2016, p. 363), cujo núcleo compreende a tendência de superar as irregularidades para conservar o negócio (SCHMIEDEL, 1981, p. 41). Deve ser aplicado em todos os processos de revelação de normas jurídicas, impondo a interpretação teleológica e funcional dos negócios jurídicos, no sentido de exigir que o intérprete salve todo o possível de um negócio jurídico, nos planos da existência, validade e eficácia. Assim, o princípio tem incidência no campo da interpretação dos negócios jurídicos, possibilitando salvaguardar o máximo possível o que as partes pretenderam através da manifestação de vontade (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 106).

Além do suporte principiológico a superação da invalidade terá apoio nos arts. 170, 183 e 184 (BRASIL, 2002). E considerando o objeto deste trabalho, merece especial destaque o art. 51, § 2º (BRASIL, 1990), que materializa o princípio da conservação no sistema consumerista. Como consequência da aplicação da referida regra do Código de Defesa do Consumidor, o exame de cláusulas abusivas deve ser realizado de modo a imprimir utilidade e operabilidade ao contrato de consumo, “não devendo ser empregada solução que tenha por escopo negar efetividade à convenção negocial de consumo” (NERY JUNIOR, 2022, p. 480). Ou seja, o sistema consumerista tem a clara opção de conservar os negócios jurídicos, afastando a interpretação que conclua pela extinção do negócio, possibilitando a conclusão de que a “interpretação contratual deve atender à utilidade e operatividade do negócio jurídico de consumo” (GUERRA, 2016, p. 273).

Assim, em relação à operação hermenêutica que possibilitará a atribuição de efeitos ao contrato de consumo subjacente (é o conteúdo por trás da forma), a interpretação deverá ser teleológica e funcional, no sentido de aproveitar o “mínimo dos elementos constitutivos do

---

<sup>147</sup> A vulnerabilidade é o traço universal de todos os consumidores, sendo que a aplicação de regras protetivas visa reequilibrar as relações jurídicas, à luz da igualdade e da justiça equitativa (MARQUES *et al.* 2021, p. 223)

suporte fático para obtenção do máximo de eficácia” (SCHMIEDEL, 1981, p.41), o que possibilitará a superação do defeito que inquinava o negócio jurídico, de forma que os efeitos pretendidos pelas partes não sejam fulminados pela sanção da nulidade.

Portanto, considerando a importância da tutela adequada dos direitos do consumidor, por aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, a sociedade em conta de participação que disfarça verdadeiro contrato de consumo deverá ser interpretada de forma teleológica e funcional, para revelar as normas jurídicas capazes de salvaguardar as justas expectativas das partes, em especial as do consumidor, que é a parte vulnerável da relação jurídica.

Até este ponto o que se propôs foi o reconhecimento da incompatibilidade entre a sociedade em conta de participação e os contratos de consumo, assim como a nulidade do contrato de constituição da sociedade, em razão do objetivo de fraudar as normas imperativas do Código de Defesa do Consumidor ou em razão da simulação. Também se propôs que em tal hipótese, para que haja a tutela adequada do direito do consumidor será necessário atribuir efeitos ao negócio jurídico nulo, por aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

E para que o contrato que foi formalizado como a constituição de uma sociedade em conta de participação produza os efeitos de um verdadeiro contrato de consumo, será necessária uma nova operação interpretativa, por meio da conversão substancial do negócio jurídico, que também é manifestação concreta do princípio da conservação<sup>148</sup>.

Como visto, a conversão substancial é o aproveitamento do suporte fático para outro negócio jurídico ao qual seja suficiente, após a invalidação (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 102). Assim, a conversão substancial importa na correção de qualificação jurídica por meio da valoração de negócio como um negócio de tipo diverso, tendo como resultado uma nova qualificação categorial (SCHMIEDEL, 1981, p. 75). Por outras palavras, é o fenômeno por meio do qual um negócio inválido é aproveitado, “convertendo-se num outro negócio, de tipo ou conteúdo diferente, se os requisitos de validade deste estão observados, desde que se possa concluir que as partes teriam querido esta substituição, se tivessem previsto a invalidade do negócio originário” (SCHMIEDEL, 1981, p. 119).

A revalorização do comportamento negocial das partes, com a correção da qualificação jurídica do negócio, é expressamente permitida pelo art. 170 do CC, segundo o qual se “o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam

---

<sup>148</sup> No mesmo sentido, por exemplo, afirmam Theodoro Júnior e Figueiredo (2021, p. 208)

as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. E como decorrência dos princípios gerais do direito e por aplicação do art. 170 do CC, a conversão do negócio jurídico será a mudança de uma coisa em outra (PEREIRA; SOUZA, *apud* MATTIETTO, 2002, p. 358), possibilitando que determinado negócio inválido produza efeitos de um outro negócio que, se supõe, as partes teriam desejado se soubessem da nulidade que o acometia (BDINE JÚNIOR, 2010, p. 146).

Portanto, por meio da conversão substancial será possível uma dupla atividade de qualificação<sup>149</sup>. Primeiro, a partir do suporte fático apresentado será constatada a nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação. Em seguida, a operação de análise do suposto de fato deverá ser repetida, detectando-se os requisitos de substância e de forma do contrato de consumo, para o qual o primeiro negócio deverá ser convertido.

Portanto, realizada a conversão substancial, subsistirá o contrato de consumo. Será a consequência do aproveitamento do suporte fático, com a correção da qualificação jurídica por meio da valorização do negócio nulo (contrato de constituição da sociedade em conta de participação) como um negócio de tipo diverso (contrato de consumo). E diante dessa nova realidade a controvérsia poderá ser resolvida por aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, tal como se o contrato de constituição da sociedade em conta de participação nunca tivesse existido.

Outrossim, é necessário indicar um último possível ajuste no caminho interpretativo, igualmente como decorrência do princípio da conservação dos negócios jurídicos. É que após a dupla atividade de qualificação do suporte fático por meio do qual terá subsistido o contrato de consumo, é possível que este novo negócio jurídico contenha uma nulidade parcial, dessa vez de caráter quantitativo e não qualitativo.

Em tal situação, essa nova nulidade, agora de natureza quantitativa, poderá ser corrigida por aplicação do instituto da redução parcial, evitando-se a invalidação do contrato de consumo.

Como já foi tratado, a redução parcial também tem origem no princípio da conservação dos negócios jurídicos e está positivada no art. 184 do CC, segundo o qual, respeitando a intenção das partes, o reconhecimento da invalidade parcial de um negócio jurídico, se separável, não prejudicará na parte válida. Trata-se de operação que permite a “eliminação dos

---

<sup>149</sup> Raquel Campani Schmiedel (1981, p. 82) indica a operação requer “uma dupla atividade de qualificação”. Primeiro, a partir de um determinado suporte fático, constata-se a invalidade do negócio jurídico. Em seguida, “repete-se a operação de análise do suposto de fato, mas para detectar os requisitos de substância e de forma de outro negócio no qual há que se converter o primeiro”.

elementos que determinam a invalidade de um negócio (absoluta ou relativa) de forma a obter-se com os restantes elementos um outro texto coerente e válido” (GUERRA, 2016, p. 315).

Nesse caso, trata-se da redução quantitativa e não qualitativa do negócio jurídico, mantendo-se, essencialmente o mesmo negócio, que fica amputado da parte inválida (GUERRA, 2016, p. 316), o que pressupõe, estruturalmente, a unidade e a divisibilidade do negócio jurídico (GUERRA, 2016, p. 319). Assim, no caso concreto terá sido identificada a nulidade do contrato de consumo. Mas essa nulidade será quantitativa e não qualitativa. Além disso, o negócio jurídico será único e poderá ser desmembrado, possibilitando a separação entre a parte válida e a parte inválida, com a amputação desta. Por exemplo, em um contrato de investimento coletivo, é possível que a nulidade esteja relacionada com a indevida promessa de rendimento exorbitante. E essa nulidade pode vir a ser reconhecida em razão da proibição de se prometer rendimentos nesse tipo de contrato<sup>150</sup>, além de ser uma decorrência da vedação do enriquecimento sem causa por parte do consumidor que teria aderido a uma promessa manifestamente irreal. Nesse caso o negócio será uno e a invalidade estará limitada à quantificação dos ganhos do consumidor. Logo, por aplicação da redução parcial do negócio jurídico, será possível amputar a parte nula e adequar quantitativamente o contrato, preservando a sua validade, de acordo com as justas expectativas das partes.

Por fim, é necessário tecer breves considerações sobre a boa-fé objetiva e sobre a vontade, declarada e hipotética, em relação ao caminho interpretativo apresentado, para garantir a tutela efetiva dos direitos do consumidor. A ideia neste ponto é endereçar a eventual consciência e concordância do consumidor com o fato de que a sociedade em conta de participação não seria o meio adequado para formalizar o contrato de consumo.

A incidência transversal<sup>151</sup> do regime jurídico consumerista impõe que adaptações sejam feitas no sentido de diminuir o rigor com que alguns dos institutos são aplicados, especialmente considerando a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de tratamento protetivo. Assim, não é possível que a lógica de outros sistemas venha a ser aplicada no sistema consumerista com o mesmo rigor. Assim, caso a sociedade em conta de participação seja indevidamente

---

<sup>150</sup> Vale notar ser expressamente vedada qualquer promessa de rentabilidade financeira no contrato de investimento coletivo: “Fica vedada qualquer promessa de rentabilidade financeira no contrato” (art. 5º, parágrafo único, da Instrução CVM n. 296/1998).

<sup>151</sup> Segundo Cavalieri Filho (2022, p.15), a transversalidade do direito do consumidor está relacionada com a sua aplicabilidade aos demais ramos do direito, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial no que toca às relações de consumo. Estabelece um sistema aberto, baseado em princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, aplicável a todos os ramos do direito em que haja relações de consumo. Por outras palavras, é uma “sobre-estrutura multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo”

utilizada para disfarçar contratos de consumo, o sistema de invalidades, o que inclui a superação da nulidade do negócio jurídico, deverá ser adaptado, de forma que o resultado da operação interpretativa não poderá ser igual ao que ocorreria caso o negócio subjacente não fosse uma relação de consumo. Negar ajustes aos institutos tradicionalmente civilistas é negar vigência ao Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, ao analisar o art. 112 do CC, Lotufo (2004)<sup>152</sup> apontou que as especificidades do regime consumerista provocam a necessidade de ajustes na forma de interpretação dos negócios jurídicos, o que não significa afastar a sua aplicação, mas temperá-la ao sistema excepcionante, que tem fundamento constitucional e está centrado na ideia da vulnerabilidade do consumidor no mercado, ensejando proteção especial.

Como já foi visto, da boa-fé objetiva aplicada às relações de consumo estabelece a exigência de respeito às justas expectativas geradas pela oferta, pelas negociações e pelas vontades manifestadas, enfatizando a crença no comportamento alheio e a confiança na contraparte. Assim, a boa-fé objetiva, como elemento interpretativo e criador de obrigações nos contratos de consumo e com especial destaque à sua função hermenêutico-integrativa, deve apontar no sentido da validação da relação jurídica subjacente, que é o fornecimento de bens ou serviços a um consumidor, destinatário final. A eventual supervalorização da forma (contrato de constituição da sociedade em conta de participação) ou da manifestação de vontade do consumidor ao concordar com a invalidade promovida pelo fornecedor, representaria subvalorização das justas expectativas, além de desconsiderar os reflexos que a vulnerabilidade provoca na maneira de interpretação e aplicação do direito.

Nesse sentido, não se pode ignorar que a adesão do consumidor à sociedade em conta de participação é facilitada pelo descumprimento dos deveres instrumentais por parte do fornecedor, que era obrigado a colaborar para a regularidade do negócio jurídico e para proteger os interesses do consumidor. Da mesma forma, a boa-fé objetiva impunha a limitação do

---

<sup>152</sup> “Observa-se que no âmbito do direito do consumidor tal regra não incide, segundo Lotufo (2004, p.309) porque, sendo um âmbito específico, excepcionante do âmbito genérico do negócio jurídico, legislador criou normas próprias no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11-9-1990, até mesmo porque sua excepcionalidade decorre de previsão específica do rol de direitos fundamentais, como se vê do art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, da Constituição Federal. Assim, em razão da vulnerabilidade do consumidor no mercado, a ensejar proteção especial, não só de condições prévias da celebração dos negócios jurídicos, como de mecanismos específicos de proteção, prévios e posteriores à realização negocial, como se vê dos arts. 4º e 5º do CDC, com as disposições de proteção contratual dos arts. 46 a 54. Decorre da excepcionalidade que não se pode pretender a utilização de suas disposições para a interpretação dos negócios regulados pelas regras de âmbito geral, e, portanto, não abrangidas na incidência específica. Isso não significa que princípios gerais revelados no âmbito dos estudos de Teoria Geral do Direito, como do negócio jurídico, e que levaram às conquistas legislativas precursoras, dentre nós, do Direito do Trabalho, previstas no atual Código Civil, desde o anteprojeto de 1973, com detalhamento, por vezes, mais específico do Código de Defesa do Consumidor, não sejam utilizados na interpretação dos negócios”

exercício abusivo de direitos subjetivos pelo fornecedor, o que está relacionado com a lealdade e com a proteção da confiança da contraparte.

Portanto, a tônica do regime consumerista está mais voltada para o cumprimento das obrigações pelo fornecedor, que é a parte mais forte da relação. Assim, o descumprimento de suas obrigações deve ser mais destaque em comparação à importância que terá eventual negligência do consumidor.

No mais, em relação à vontade real e hipotética do consumidor, a vulnerabilidade e a exigência de tratamento protetivo impedem que os contratos de consumo sejam interpretados da mesma forma que os negócios jurídicos paritários. Assim, em especial a regra do art. 112 do CC, que determina que na declaração de vontade será atendida mais à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, a vontade deve ser interpretada considerando a disparidade entre as partes na relação e consumo, com especial atenção à dificuldade para que o consumidor possa verdadeiramente manifestar sua vontade de forma livre e consciente. Vale lembrar que a informação é fundamental nas relações de consumo, sendo que o Código de Defesa do Consumidor enfatiza a obrigação do fornecedor prestar a informação clara, precisa e verdadeira. E o comportamento comissivo e omissivo do fornecedor, especialmente na fase pré-contratual, é determinante em relação ao nível de compreensão do consumidor sobre os fatos, o que está diretamente relacionado com o grau de consciência e liberdade em sua manifestação de vontade. E esse contexto deve ser considerado na identificação das justas expectativas geradas no consumidor.

Assim, por aplicação da boa-fé objetiva e considerando a vulnerabilidade do consumidor, a identificação da intenção consubstanciada na manifestação de vontade do consumidor, assim como a identificação da vontade hipotética em um determinado negócio jurídico, deve levar em conta as justas expectativas geradas no consumidor, especialmente a partir do comportamento omissivo e comissivo do fornecedor na fase-contratual. À luz dos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF, aparentemente é esse o caminho indicado pelo princípio da socialidade, da funcionalização dos direitos, da constitucionalização do direito privado e da humanização das relações jurídicas, que possibilitam, no caso concreto, o reconhecimento da efetividade do negócio inválido em favor do interesse social preponderante.

É nesse contexto que se propõe a análise da superação das invalidades do negócio jurídico. Em razão da incidência do regime consumerista e por exigência constitucional, se propõe que a manifestação de vontade do consumidor ao aderir à sociedade em conta de participação seja menos valorizada. E que a identificação da vontade hipotética das partes

considere as justas expectativas geradas no consumidor em razão do comportamento comissivo ou omissivo do fornecedor.

Por último, vale mencionar um ilustrativo exemplo de aplicação do princípio da conservação dos negócios para superar a invalidade, tal como apresentado por Guerra (2016, p. 268)<sup>153</sup>. Trata-se da hipótese de superação da nulidade do art. 318 do CC, que determina serem “nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”. Em que pese a interpretação literal do art. 318 do CC leve ao inevitável reconhecimento da unidade dos contratos celebrados em moeda estrangeira por aplicação da regra do art. 166, VII, do CC, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>154</sup> tem reconhecido a validade do negócio, desde que desde que haja a conversão em moeda nacional na data do vencimento.

#### **6.4. O controle judicial adequado**

Como demonstrado ao longo do trabalho, a sociedade em conta de participação e o contrato de consumo são institutos jurídicos válidos e importantes, mas que pertencem a regimes jurídicos sensivelmente distintos. E as características próprias os tornam incompatíveis. Assim, mesmo com a incidência transversal das normas do Código de Defesa do Consumidor, a sociedade em conta de participação não pode ser adaptada para veicular contratos de consumo.

---

<sup>153</sup> Sobre o tema, vale transcrever trecho da obra de Alexandre Guerra (2016): “Em uma primeira análise, a literalidade do dispositivo legal transcrito está a determinar a nulidade peremptoriamente, isto é, sem a margem de interpretações no plano das regras jurídicas. Uma vez apresentada a hipótese afirmada pela regra jurídica, por força do disposto no inciso VII do artigo 166 do Código Civil, outra solução não haveria senão proclamar a nulidade, como determina pela parte inicial do artigo em evidência. No entanto, dissentimos da posição que emerge da literalidade da disposição legal. A interpretação puramente gramatical, mediante a aplicação rígida da regra em estudo (subsunção), não resiste à orientação do Superior Tribunal de Justiça. A Corte inclina-se a atender às exigências do Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Entende serem legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive mediante conversão em moeda nacional no câmbio do vencimento. A interpretação que prevalece, acertadamente, garante a operabilidade do Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Atende-se satisfatoriamente as exigências da boa-fé lealdade. Está em harmonia, pois, com os Princípios da eticidade e da função social do contrato”

<sup>154</sup> Como se infere, por exemplo, do ilustrativo trecho extraído do voto proferido nos autos do REsp n. 804.791/MG: “O pagamento de dívidas em moeda estrangeira é tratado de maneira pacífica por este STJ, que já se manifestou reiteradas vezes afirmando ser “legítimo o contrato de compra e venda celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional” (REsp 779.832/PR, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 28.04.2008. No mesmo sentido: REsp 194.629/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 22.05.2000; e REsp 848.424/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 18.08.2008)” (STJ - Terceira Turma - REsp n. 804.791/MG – rel. Min. Nancy Andrihgi – j. 3/9/2009).

E como também foi visto, o uso da sociedade em conta de participação para encobrir contrato de consumo configura a tentativa de evitar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social (BRASIL, 1990, art. 1º). O negócio jurídico formalizado, contrato de constituição da sociedade, será nulo, em razão do objetivo de fraudar a lei imperativa (BRASIL, 2002, art. 166, VI) ou em razão da simulação (BRASIL, 2002, art. 167).

Mas o mero reconhecimento da nulidade do negócio jurídico e a restituição das partes ao estado anterior, com fundamento no art. 182 (BRASIL, 2002), é insuficiente diante de uma relação verdadeiramente de consumo. Mesmo que eventualmente se conclua pelo retorno ao *status quo ante*, a solução adequada da controvérsia relativa a uma relação de consumo deve necessariamente ocorrer com a aplicação dos princípios e das normas do regime consumerista. A não aplicação do sistema representaria negar vigência ao Código de Defesa do Consumidor e à própria Constituição Federal.

O que se propõe é que a principiologia e o regramento que são próprios do regime consumerista, em conjunto com institutos tradicionais do direito civil, justifiquem a superação da invalidade caracterizada pela nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação. E que o negócio jurídico nulo possa produzir efeitos condizentes com a verdadeira vontade e expectativa das partes. Assim, percorrido todo o caminho hermenêutico, subsistirá o contrato de consumo, celebrado entre o fornecedor e o consumidor, para a aquisição de bens ou serviços.

Portanto, o controle judicial adequado para o problema proposto é aquele que enxerga e considera a relação de consumo como realidade subjacente, resolvendo a controvérsia no caso concreto por aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista, mesmo que o resultado da operação interpretativa eventualmente seja o retorno das partes ao estado anterior ou mesmo que seja o não acolhimento da pretensão do consumidor. E essa conclusão deverá ser aplicada pela perspectiva processual e material.

Nesse sentido, por exemplo: as ações devem ser processadas e julgadas pelos órgãos do Poder Judiciário que têm competência relativa às demandas de consumo<sup>155 156</sup>; havendo pretensão de responsabilidade contratual ou extracontratual, a ação deverá ser promovida no domicílio do consumidor, conforme CDC, art. 101, I (PIZZOL, 2019, p.636); a cláusula de eleição de foro que dificulte ou inviabilize a defesa do consumidor deve ser considerada nula (PIZZOL, 2019, p.635), inclusive por aplicação do art. 63, § 3º, do CPC; a defesa dos direitos do consumidor deve ser facilitada e garantida, inclusive com a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC); a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor deverá ir além do art. 50 do CC, sendo determinada sempre que a personalidade impeça ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 28, § 5º, do CDC); a oferta suficientemente precisa deverá vincular o fornecedor (art. 30 do CDC), assim como escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48 do CDC), de modo a ampliar as obrigações contratuais; as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas em favor do consumidor (BRASIL, 1990, art. 47); deverá ser aplicado o sistema de nulidades absolutas do art. 51 (BRASIL, 1990).

Portanto, propõe-se que a solução adequada para os casos em que a sociedade em conta de participação seja utilizada para esconder contrato de consumo, é aquela que enxergue o negócio jurídico como um contrato de consumo e resolva a controvérsia em concreto com a aplicação dos princípios e das regras consumeristas.

---

<sup>155</sup> Por exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há precedentes reconhecendo que a opção pela roupagem da sociedade em conta de participação é insuficiente para deslocar a competência para as varas e câmaras especializadas em matéria empresarial, devendo ser considerado o fato de que a estrutura societária disfarça contrato de consumo. Nesse sentido: TJSP – Câmara Especial - Conflito de Competência Cível 0039568-96.2018.8.26.0000 – rel. Des. Fernando Torres Garcia - Câmara Especial – j. 04/02/2019; TJSP - Câmara Especial - Conflito de competência Cível 0027569-10.2022.8.26.0000 – rel. Des. Silvia Sterman – j. 24/10/2022. Mas a questão é controvertida, havendo precedentes no sentido de que a roupagem societária seria suficiente para determinar a competência das varas e câmaras especializadas em matéria empresarial. Nesse sentido: TJSP – 27ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível 1010687-50.2019.8.26.0132 – rel. Des. Sergio Alfieri – j. 30/05/2023

<sup>156</sup> Em complementação à nota anterior, é importante notar que, por exemplo, no Estado de São Paulo há competência especializada em matéria empresarial, em primeira e segunda instâncias, abrangendo a “competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/1976 (sociedades anônimas)”. Em segunda instância, o art. 6º da Resolução n. 623/2013 disciplina a competência das Câmaras Empresariais. Em primeira instância: a Resolução nº 763/2016 disciplina a competência das Varas Empresariais da Capital; as Resoluções n. 824/19 e n. 877/2022 disciplinam a competência das Varas Empresariais da 1ª, 7ª e 9ª Regiões Administrativas Judiciárias (Grande São Paulo, Santos e São José dos Campos); a Resolução n. 868/2022 disciplina a competência das Varas Empresariais da 4ª e 10ª Regiões Administrativas Judiciárias (Campinas e Sorocaba); a Resolução n. 877/202 disciplina a competência da Vara Empresarial 2ª, 5ª e 8ª Regiões Administrativas Judiciárias (São José do Rio Preto, Araçatuba e Presidente Prudente), assim como disciplina a competência da Vara Empresarial da 3ª e 6ª Regiões Administrativas Judiciárias (Bauru e Ribeirão Preto).

Observa-se, por fim, que a análise da melhor maneira de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor depende das peculiaridades de cada caso concreto, além de extrapolar os limites deste trabalho.

### **6.5. Situações práticas**

Este subcapítulo é destinado à breve análise das duas situações práticas em que é identificado com a maior incidência o uso de sociedades em conta de participação que mascaram contratos de consumo. Trata-se da aquisição de apartamentos em incorporações imobiliárias e dos contratos de investimento coletivos. Tais casos já foram brevemente analisados nos itens 3.3.1 e 3.3.3, então pela perspectiva da sociedade em conta de participação como instituto regular do direito empresarial.

Como já foi apontado, a sociedade em conta de participação é um excelente mecanismo para pactuar relações de investimentos, sendo apenas incompatível com as relações de consumo. Assim, em situações fáticas com aparente semelhança o negócio jurídico veiculado por meio de sociedade em conta de participação será ilícito se a relação for de consumo, mas lícito caso não seja. Por exemplo, é possível que determinada pessoa invista em uma incorporação imobiliária por meio de uma sociedade em conta de participação e, ao final, receba uma unidade autônoma como participação nos lucros da atividade. Mas o negócio será inválido se o mesmo contrato ocultar a venda e compra para um consumidor. A incidência transversal do regime consumerista será um obstáculo para que o fornecedor eleja a constituição da sociedade em conta de participação como meio para formalizar a promessa de venda do imóvel.

Nesse sentido, o ponto de partida para a identificação das situações em que o uso da sociedade em conta de participação provocará a invalidade do negócio jurídico é a adequada identificação da relação de consumo. A partir disso, poderão ser evitados erros e injustiças decorrentes da aplicação inadequada do regime empresarial às relações de consumo, assim como decorrentes da aplicação inadequada do regime consumerista às relações empresariais. E a relação será de consumo caso estejam presentes os elementos estabelecidos nos arts. 2º e 3º do CDC, ou seja: como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; como objeto, os produtos e serviços; como finalidade, que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço como destinatário final (NERY JUNIOR, 2022, p. 406).

Vale salientar, neste ponto, que o Superior Tribunal<sup>157</sup> tem entendimento no sentido de alargar o conceito de consumidor nas hipóteses de sociedades em conta de participação, identificando a natureza consumerista da relação jurídica quando constatada a “desproporção de forças entre as partes diante da estruturação e forma de remuneração do sócio ostensivo e a caracterização do recorrido como investidor ocasional vulnerável”, situação em que o fato do sócio participante não desenvolver a “atividade de maneira reiterada e profissional” foi considerada suficiente para se concluir que, no caso, “se subsume ao conceito de consumidor”.

Assim, uma vez identificado que o caso concreto envolve relação de consumo disfarçada por uma sociedade em conta de participação, o controle judicial adequado será aquele que enxerga e considera a relação de consumo como realidade subjacente, resolvendo a controvérsia no caso concreto por aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista.

### **6.5.1. Incorporação imobiliária**

A primeira situação prática em que é identificado com a maior incidência o uso de sociedades em conta de participação que ocultam contratos de consumo é a aquisição de apartamentos em incorporações imobiliárias.

Como já tratado no item 3.1 deste trabalho, de acordo com o art. 28, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, incorporação imobiliária é a atividade exercida para promover a construção de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, para a alienação total ou parcial. Por meio do contrato de incorporação imobiliária determinada pessoa se obriga a promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas que serão alienadas para diferentes adquirentes, conjuntamente com a respectiva fração ideal do terreno (GOMES, 2011, p. 1339-1353).

Considerando a relevância da atividade e de suas consequências para a sociedade, “[a]s obrigações legais são estabelecidas no propósito de preservar os adquirentes de unidades autônomas de um edifício da leviandade ou da malícia do incorporador” (GOMES, 2011, p. 1339-1353), ou seja, “a tônica da Lei 4591/1964, que disciplina a Incorporação Imobiliária, foi justamente no sentido de procurar dar maior segurança ao adquirente” (NERY JUNIOR, 2014, p. 627-665).

A venda de unidades autônomas aos destinatários finais deve necessariamente observar as regras estabelecidas pela Lei n. 4.591/1964. Também será necessário observar os

---

<sup>157</sup> BRASIL, STJ. 3ª Turma - REsp n. 1.943.845/DF – Rel. Min. Nancy Andrichi – j. 22/3/2022

princípios e as regras da Lei n. 8.078/1990, todas as vezes em que estiver caracterizada a relação de consumo.

Sobre a segurança dos adquirentes, o art. 31 da Lei n. 4.591/1964 determina que apenas poderão ser incorporadores o proprietário do terreno, o promitente comprador, ou o cessionário, o construtor, o corretor de imóveis ou o ente da Federação imitado na posse, sendo que, ademais, nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador (art. 31, § 2º, Lei n. 4.591/1964). Também é importante destacar que “[o] incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação...” (art. 32, *caput*, Lei n. 4.591/1964).

Assim, sempre que a construção envolver edificações compostas por unidades autônomas para a alienação, haverá a interferência do Estado determinando quem pode ser o incorporador, em que circunstâncias ela pode ser realizada, bem como os pressupostos e as condições para que os imóveis possam ser oferecidos e negociados.

Nesse contexto, a obrigação estabelecida no art. 32, *caput*, Lei n. 4.591/1964 é fundamental para a proteção dos consumidores e para a preservação de interesses socialmente relevantes, uma vez que o registro do memorial de incorporação pressupõe o controle de regularidade pelo oficial de registro de imóveis da localidade da incorporação. E o referido registro pressupõe a apresentação de documentos que são importantes para a segurança de quem venha a adquirir unidades autônomas, tais como: documentos que comprovem a propriedade do imóvel, com a possibilidade de edificação e alienação de frações ideais; comprovação da inexistência de dívidas e ações relativas ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador; histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos; projeto de construção aprovado pelas autoridades competentes; cálculo das áreas das edificações; memorial descritivo das especificações da obra projetada; avaliação do custo global da obra; instrumento de divisão do terreno em frações ideais autônomas; minuta de convenção de condomínio; demonstração do número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.

Logo, uma vez que o oficial de registro de imóveis tenha permitido o registro do memorial de incorporação, haverá segurança da viabilidade da incorporação imobiliária, diminuindo sensivelmente os riscos para quem adquira ou se comprometa a adquirir unidades autônomas. Como decorrência, aliás, por força do § 2º, do art. 32, da Lei n. 4.591/1964, os negócios envolvendo a venda ou a cessão de unidades autônomas são irretratáveis e depois do

registro conferem direito real oponível a terceiros, além de possibilitar a adjudicação compulsória, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

Pelos motivos expostos, o prévio registro do memorial de incorporação não pode ser considerado exigência burocrática, devendo ser compreendido como providência fundamental para garantir a segurança da sociedade e dos potenciais consumidores. Pela perspectiva do consumidor, pode-se afirmar que tal exigência materializa, especialmente, o princípio da defesa do consumidor pelo Estado, em razão da necessidade de controle administrativo do sistema que envolve as relações de consumo; e o princípio da segurança, por minorar os riscos assumidos pelos consumidores que adquiram ou se comprometam a adquirir unidades autônomas.

Mas não basta o prévio registro do memorial de incorporação. As informações sobre o registro devem constar obrigatoriamente da publicidade, das propostas e dos contratos referentes à incorporação (§ 3º, do art. 32, da Lei n. 4.591/1964), permitindo que os consumidores tenham certeza da regularidade da incorporação, assim como que conheçam as características do empreendimento e do condomínio que será constituído. Pela perspectiva do consumidor, pode-se afirmar que tal publicidade materializa, especialmente, o princípio da proteção da confiança, possibilitando a confiança no vínculo contratual e no cumprimento da oferta, por ter gerado legítima expectativa no consumidor; o princípio da boa-fé objetiva, especialmente no sentido de que o fornecedor tenha agido de acordo com os padrões de comportamento exigíveis para a atividade, para concretizar as justas expectativas geradas no consumidor; e o princípio da informação, no sentido de que o fornecedor supra o déficit informacional e preste informações claras e precisas, possibilitando que o consumidor manifeste sua vontade de forma consciente e livre.

Nesse contexto, uma vez identificado que o caso concreto envolve relação de consumo encoberta por uma sociedade em conta de participação, como já apontado, o controle judicial adequado será aquele que enxerga e considera a relação de consumo como realidade subjacente, resolvendo a controvérsia no caso concreto por aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista.

Nesse sentido, há inúmeros precedentes judiciais reconhecendo que a venda de unidades autônomas sem o prévio e indispensável registro da incorporação imobiliária acarreta a nulidade do negócio jurídico, nos exatos termos do artigo 32 da Lei 4.591/64. Reconhece-se, ainda, que a conduta constitui ilícitos civil e penal, possibilitando que a nulidade seja reconhecida de ofício, tendo por consequência o retorno das partes ao estado anterior. Além disso, também é reconhecida a impossibilidade de se cogitar a aplicação de multa contratual em desfavor do consumidor, que não deu causa à nulidade do negócio jurídico, sendo inaplicável

o raciocínio que permite a perda de parte das parcelas do preço na hipótese de desistência do promitente comprador<sup>158</sup>.

Também há precedentes determinando a nulidade da opção de formalizar o negócio por meio de contrato de sociedade em conta de participação, reconhecendo a relação de consumo e possibilitando a solução da controvérsia considerando a verdadeira natureza da relação jurídica entre as partes.

Nesse sentido vale transcrever o seguinte trecho extraído de um dos acórdãos:

O artifício utilizado pelos réus não desnatura a natureza jurídica do negócio, não se constituindo em mera sociedade em conta de participação, tanto que ausente a “affectio societatis” e especificado o objeto final visado, ou seja, a obtenção da unidade autônoma que deveria ter sido construída. Não se cuida de mera sociedade empresarial destinada a construção de prédio de apartamentos, mas da adesão a empreendimento e na qual há expressa indicação da unidade a ser contemplada. Daí porque a interpretação aferida converge para aquela adotada pela Magistrada, enquadrando-a como promessa de venda e compra de futura unidade autônoma. Nem se vê fundamento para afastar incidência do CDC, sendo irrelevante que a autora seja empresa que tem por objeto a locação e venda de imóveis. É ela destinatária final do bem prometido<sup>159</sup>.

Vele mencionar, ainda, julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível n. 1006033-45.2020.8.26.0565<sup>160</sup>, em que foi reconhecido que o fato do negócio ter sido formalizado por uma sociedade em conta de participação não caracteriza relação empresarial. Foi afirmado que “a operação econômica realmente efetuada pelas partes consistiu não na conjugação de esforços com escopo de lucro, mas na venda de unidades imobiliárias no mercado de consumo”, caracterizando uma relação consumerista, a atrair a aplicação das regras que lhe são peculiares. Foi apontado, ainda, que a forma societária foi adotada “com a finalidade de criar válvula de escape de rígidos limites de determinadas situações jurídicas”.

Portanto, diante do caso concreto, uma vez identificado o uso da sociedade em conta de participação para ocultar venda e compra ou promessa de venda e compra de unidades autônomas em incorporação imobiliária, com a caracterização da relação de consumo, o controle judicial adequado será aquele que enxerga e considera a relação de consumo como realidade subjacente, resolvendo a controvérsia no caso concreto por aplicação dos princípios

---

<sup>158</sup> De forma exemplificativa, destaca-se o seguinte julgado: TJSP - 6ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível 0032006-61.2012.8.26.0577 – rel. Des. Francisco Loureiro – j. 09/04/2015.

<sup>159</sup> TJSP - 32ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível 1000755-83.2020.8.26.0526 – rel. Des. Kioitsi Chicuta – j. 23/02/2023

<sup>160</sup> TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível 1006033-45.2020.8.26.0565 – rel. Des. Francisco Loureiro – j. 28/06/2021

e das regras do sistema consumerista. Observa-se, por fim, que a análise da melhor forma de aplicação do regime consumerista ao caso concreto extrapolará os limites deste trabalho.

### **6.5.2. Contratos de Investimentos Coletivos**

A segunda situação prática em que é identificado com a maior incidência o uso de sociedades em conta de participação que escondem contratos de consumo é a adesão a contratos de investimento coletivos.

Como já tratado no item 3.3 deste trabalho, são considerados valores mobiliários quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo que sejam ofertados publicamente e gerem direito de participação, parceria ou remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros (art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976).

Por consequência, o contrato de investimento coletivo deve observar as regras atinentes a todos os valores mobiliários, o que inclui o controle por parte do Conselho Monetário Nacional e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), com destaque à regulamentação e fiscalização realizada pela CVM (art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.385/1976).

No âmbito da CVM os contratos de investimento coletivo são regulados pela Instrução CVM n. 296/1998, sendo importante destacar que “nenhuma emissão pública de títulos ou contratos de investimento coletivo poderá ser distribuída no mercado sem prévio registro na CVM” (art. 3º). Tal autorização para a comercialização dos contratos de investimento coletivos pressupõe o cumprimento de exigências legais e administrativas que protegem o mercado de capitais e os investidores.

Em termos práticos, o investidor entrega recursos que serão empregados pelo ofertante no desenvolvimento do empreendimento idealizado, com a expectativa de participar nos resultados. O lucro a ser partilhado deve estar relacionado com a operação realizada pelo empreendedor ou terceiros. O empreendedor desenvolve a atividade sem a participação do investidor, que se sujeita aos riscos do empreendimento<sup>161</sup>.

Dentre as exigências estabelecidas na Instrução CVM n. 296/1998 para a emissão pública e distribuição de títulos ou contratos de investimento coletivo, podem ser destacadas: prestação

---

<sup>161</sup> Tratando dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Gabriela Codorniz, Laura Patella e Marina Copolacopola apontam os elementos caracterizadores dos contratos de investimento coletivo: “(i) existência de investimento em dinheiro devido a; (ii) expectativa de lucros oriunda de; (iii) empreendimento comum; (iv) que dependa somente de esforços de terceiros” (CODORNIZ; PATELLA, 2015, p.75)

de garantia real, com bens livres e desembaraçados, ou de garantia fidejussória prestada por instituição financeira, em valor equivalente a no mínimo 50% do valor dos títulos ou contratos de investimento coletivo em circulação, em tesouraria e a emitir pendentes de registro; comprovação da colocação total das emissões anteriormente registradas na CVM ou do cancelamento do saldo não colocado.

Logo, uma vez que a CVM tenha permitido o registro dos títulos ou dos contratos de investimento coletivo, haverá segurança de viabilidade em relação à oferta e distribuição dos valores mobiliários, diminuindo sensivelmente os riscos para quem adquira ou se comprometa a adquirir unidades autônomas.

É importante apontar que a inclusão do inciso IX no art. 2º da Lei n. 6.385/76 teve por objetivo proteger o mercado de capitais e os investidores de forma geral, sendo que a “motivação legislativa explícita foram as negociações com “boi gordo”, em que empreendedores captavam investimentos no mercado para utilizá-los na aquisição, criação e engorda de bovinos, comprometendo-se a distribuir aos aplicadores os lucros auferidos com a venda dos animais” (CODORNIZ; PATELLA, 2015, p. 71).

Como salientou Sérgio Shimura (2006, p. 257-263), a regulamentação da distribuição pública de valores mobiliários estabelece regras mínimas, essencialmente de caráter procedimental e informacional, possibilitando que o público em geral avalie a solicitação que lhe é feita de subscrição de valores mobiliários. A CVM garante o acesso às informações necessárias para que o público possa, previamente à subscrição de valores mobiliários, ou da entrega de sua poupança, avaliar os riscos e fundamentadamente realizar a decisão de investimento.

De forma similar ao que foi afirmado em relação à venda e compra de unidades autônomas em incorporação imobiliária, o prévio registro dos títulos ou contratos de investimento coletivo na CVM não pode ser considerado exigência burocrática, mas providência fundamental para garantir a segurança da sociedade e dos potenciais consumidores.

Pela perspectiva do consumidor, pode-se afirmar que tal exigência materializa, especialmente, o princípio da defesa do consumidor pelo Estado, em razão da necessidade de controle administrativo do sistema que envolve as relações de consumo; e o princípio da segurança, por minorar os riscos assumidos pelos consumidores que aderem aos investimentos.

Mas não basta o prévio registro na CVM, os contratos de investimento coletivo devem conter obrigatoriamente informações relevantes para o consumidor, tais como, por exemplo: a identificação ostensiva e em letras maiúsculas de que se trata de um contrato de investimento coletivo; o número e série do contrato a identificação da empresa emissora, incluindo o número

do registro de companhia na CVM; o número e a data do registro de distribuição pública na CVM; a especificação das características do ativo; o preço unitário do ativo; o valor inicial do contrato; o prazo de vencimento do contrato; a forma de integralização; as condições de resgate financeiro na data vencimento e antecipado; as especificação da taxa de administração; as especificação da garantia; a identificação cartório de títulos e documentos de registro do contrato (art. 5º, parágrafo único, da Instrução CVM n. 296/1998). Vale notar, ainda, ser expressamente vedada qualquer promessa de rentabilidade financeira no contrato (art. 5º, parágrafo único, da Instrução CVM n. 296/1998).

Ademais, o emissor dos valores mobiliários deve preparar prospecto que contenha os dados básicos sobre a companhia e a distribuição, bem como os motivos que justificam a expectativa de bom êxito do empreendimento, além de apresentar as informações mais importantes da operação, destacando-se o número e data do registro na CVM (art. 11 da Instrução CVM n. 296/1998). E a distribuição somente pode ser iniciada após o prospecto estar disponível para o público (art. 12, parágrafo único, da Instrução CVM n. 296/1998). Da mesma forma, as emissões de títulos ou contratos de investimento coletivo devem ser acompanhadas de cartilha informativa, redigida em linguagem simples e de apresentação clara, contendo resumidamente as informações constantes do prospecto, destacando os riscos a que o investidor no título ou contrato de investimento coletivo ofertado está sujeito (art. 12-A da Instrução CVM n. 296/1998). E a utilização de qualquer texto publicitário para a distribuição, anúncio ou promoção de contratos de investimento coletivo pressupõe o registro da operação e depende da prévia aprovação pela CVM (art. 15 da Instrução CVM n. 296/1998).

Assim, pela perspectiva do consumidor, pode-se afirmar que tais exigências relativas ao contrato, ao prospecto, à cartilha e à publicidade materializam, especialmente, o princípio da proteção da confiança, possibilitando a confiança no vínculo contratual e no cumprimento da oferta, por ter gerado legítima expectativa no consumidor; o princípio da boa-fé objetiva, especialmente no sentido de que o fornecedor tenha agido de acordo com os padrões de comportamento exigível para a atividade, possibilitando a concretização das justas expectativas geradas no consumidor; e o princípio da informação<sup>162</sup>, no sentido de que o fornecedor supra o

---

<sup>162</sup> Vale observar que a Instrução CVM n. 296/1998 exige que os contratos e os prospectos de investimento coletivo a denominação e especificação: "CONTRATOS DE INVESTIMENTO COLETIVO EM....." (art. 5º, I e art. 11, I), assim como que o prospecto deve conter os seguintes textos, redigidos em letra de fácil leitura e com destaque: "A CVM NÃO GARANTE A VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA EMPRESA EMISSORA OU JULGAMENTO SOBRE A QUALIDADE DO EMPREENDIMENTO, DA EMPRESA EMISSORA OU DA RENTABILIDADE E RISCO DO INVESTIMENTO REPRESENTADO NESTE CONTRATO DE INVESTIMENTO COLETIVO"; "A RENTABILIDADE FINAL DESTA INVESTIMENTO ESTÁ SUJEITA ÀS FLUTUAÇÕES DE PREÇOS DA \_\_\_\_\_ (UNIDADE DE NEGOCIAÇÃO DO ATIVO OBJETO)"; "ESTE INVESTIMENTO NÃO REPRESENTA

déficit informacional e preste informações claras e precisas, possibilitando que o consumidor manifeste sua vontade de forma consciente e livre.

Nesse contexto, uma vez identificado que o caso concreto envolve relação de consumo disfarçada por uma sociedade em conta de participação, como já apontado, o controle judicial adequado será aquele que enxerga e considera a relação de consumo como realidade subjacente, resolvendo a controvérsia no caso concreto por aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista.

Vale destacar, por exemplo, o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível 1015557-27.2021.8.26.0114<sup>163</sup>, em que foi reconhecido que a promessa de investir o valor aportado, com o compromisso do pagamento de rentabilidade específica caracteriza serviço de assessoria de investimento sob a promessa de determinada margem de lucro. Em tal hipótese, foi reconhecida a relação de consumo e a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. A atividade foi compreendida como contrato de investimento coletivo nos termos do 2º, IX, da Lei n. 6.385/76, sendo que a inexistência de registro na CVM justificou a declaração da nulidade do negócio jurídico em razão da ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC), com o retorno das partes ao estado anterior.

Vale destacar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>164</sup> também já reconheceu que a roupagem de sociedade em conta de participação não impede que o negócio jurídico seja verdadeiramente compreendido como investimento coletivo, que pressupõe a autorização da CVM e a submissão às suas regras. Tendo sido reconhecida em primeira instância a natureza consumerista da relação, o tribunal manteve o reconhecimento da nulidade em razão da ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC), sendo que a nulidade do contrato foi considerada um impeditivo para a análise da pretensão de pagamento do lucro líquido que seria obtido caso negócio fosse válido, assim como para a análise da abusividade de eventuais cláusulas. Assim, foi mantida a determinação de restituição das partes ao estado anterior, inclusive como forma de se evitar o enriquecimento ilícito.

Portanto, diante do caso concreto, uma vez identificado o uso da sociedade em conta de participação para ocultar verdadeiro contrato de investimento coletivo, com a caracterização da

---

PARCERIA RURAL NOS TERMOS DA LEI Nº 8.023, DE 12 DE ABRIL DE 1990." (APLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE ATIVO OBJETO AGROPECUÁRIO)" (art. 11, parágrafo único).

<sup>163</sup> SÃO PAULO. TJSP (36ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1015557-27.2021.8.26.0114. Relator: Arantes Theodoro, 26 de fevereiro de 2023.

<sup>164</sup> SÃO PAULO. TJSP (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial) Apelação Cível nº 1006083-35.2020.8.26.0286. Relator. Des. Alexandre Lazzarini, 25 de outubro de 2021.

relação de consumo, o controle judicial adequado será aquele que enxerga e considera a relação de consumo como realidade subjacente, resolvendo a controvérsia no caso concreto por aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista. Observa-se, por fim, que a análise da melhor forma de aplicação do regime consumerista ao caso concreto extrapolará os limites deste trabalho.

## 7. ANÁLISE DE PRECEDENTES

No item 6.4 deste trabalho foi apresentada a proposta de que a solução adequada para os casos em que a sociedade em conta de participação seja utilizada para ocultar contrato de consumo, deve ser aquela que considera o negócio jurídico como um contrato de consumo e resolva a controvérsia por meio da aplicação dos princípios e das regras consumeristas. Em seguida, foi feita a observação de que a análise da melhor maneira de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor depende das peculiaridades de cada caso concreto, o que extrapola os limites deste trabalho.

O presente capítulo é destinado à breve análise de precedentes, tendo como norte as premissas estabelecidas no parágrafo anterior. Para o levantamento de dados foi considerado: (i) se a sociedade em conta de participação encobre ou não contrato de consumo; (ii) nos casos em que a relação for de consumo, se o julgamento foi realizado por órgãos com competência especializada empresarial; (iii) se a solução para o caso ocorreu por meio de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou apenas pela aplicação do Código Civil; (iv) se foi reconhecida a nulidade do negócio jurídico; (v) se foi determinada a restituição das partes ao estado anterior.

Outrossim, optou-se por restringir a pesquisa à análise de todos os precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Para tanto, foi realizada a busca no site dos respectivos tribunais, da forma mais ampla possível, por meio do uso da expressão “sociedade em conta de participação”.

No Supremo Tribunal Federal foram identificados 13 acórdãos.

No Superior Tribunal de Justiça foram identificados 30 acórdãos.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foram identificados 1973 acórdãos.

Os resultados<sup>165</sup> das pesquisas serão analisados nos subcapítulos seguintes.

### 7.1. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal foram identificados 13 acórdãos que contém a expressão “sociedade em conta de participação”.

Desses, 6 recursos foram julgados pela Segunda Turma, enquanto os outros 7 foram julgados pela Primeira Turma. Outrossim, em 12 casos o julgamento ocorreu antes da

---

<sup>165</sup> A pesquisa foi realizada em diferentes datas, com a constante inclusão dos julgados posteriores à verificação anterior, até o dia 25 de junho de 2023.

promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o Supremo Tribunal Federal também era responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil<sup>166</sup>.

Analisando os julgados, é possível constatar que em todos os casos a controvérsia envolveu verdadeiras sociedades em conta de participação, tal como disciplinado pelos arts. 325/328 do Código Comercial e pelos arts. 991/996 do Código Civil de 2002.

Dentre os julgados, vale apontar, por exemplo: a orientação no sentido de que a inexistência de prova da constituição da sociedade em conta de participação impossibilita o acolhimento da pretensão de prestação de contas<sup>167</sup>; a existência de julgado em que não foi reconhecida a existência de sociedade em conta de participação por faltarem os elementos essenciais do instituto, como a realização do investimento pelo sócio participante e a responsabilidade do sócio ostensivo perante terceiros<sup>168</sup>; a existência de julgado em que, a partir da análise do contrato social não registrado, foi reconhecido que a natureza da relação jurídica é de sociedade de fato e não de sociedade em conta de participação<sup>169</sup>.

Portanto, nos precedentes do Supremo Tribunal Federal não foi identificada discussão envolvendo o uso da sociedade em conta de participação que esconde contratos de consumo.

## 7.2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça foram identificados 30 acórdãos que contém a expressão “sociedade em conta de participação”. Destes, 1 diz respeito a julgamento realizado pela Terceira Seção, 2 dizem respeito a julgamentos realizados pela Segunda Turma, 14 dizem

---

<sup>166</sup> De acordo com o art. 114, III, da Constituição Federal de 1967, alterada pelo Ato Institucional n. 6 de 1969, competia ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”. Logo, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que o Superior Tribunal de Justiça, então criado, passou ter parte da competência que até então pertencia ao Supremo Tribunal Federal, como se observa do art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal de 1988. Diante desse contexto, em relação ao presente estudo, a análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal é relevante pela perspectiva do direito constitucional, mas também em razão da interpretação do direito federal, especialmente em relação aos julgados anteriores à criação do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Recurso extraordinário nº 87436**. Relator: Min. Décio Miranda, 13 de março de 1981.

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Recurso extraordinário nº 95230**. Relator: Min. Moreira Alves, 24 de out. 1983; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Recurso extraordinário nº 38052**. Relator: Min. Nelson Hungria, 30 de janeiro de 1958.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Agravo Interno nº 27243**. Relator: Gonçalves de Oliveira, 25 de junho de 1962.

respeito a julgamentos realizados pela Terceira Turma, 11 dizem respeito a julgamentos realizados pela Quarta Turma, 2 dizem respeito a julgamentos realizados pela Quinta Turma e 1 diz respeito a julgamento realizado pela Sexta Turma.

Analisando os julgados, em 11 casos o recurso não foi conhecido, de forma parcial ou integral, em razão da aplicação das súmulas n. 5 e n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, segundo as quais, respectivamente, a mera interpretação de cláusula contratual não autoriza o recurso especial, assim como a simples pretensão de reexame da prova não autoriza o recurso especial.

Outrossim, dos 30 julgados identificados pela pesquisa, em 24 a controvérsia envolveu verdadeiras sociedades em conta de participação. Desses, vale apontar, por exemplo: a existência de disputa relacionada com a anulação da assembleia em que os sócios aprovaram as contas que foram prestadas na sociedade em conta de participação<sup>170</sup>; a existência de controvérsia envolvendo sociedade em conta de participação constituída para formalizar empréstimo realizado da pessoa física para a pessoa jurídica da qual é sócia<sup>171</sup>; a existência de caso em que a sociedade em conta de participação tinha como objetivo a administração de pool hoteleiro, pelo sócio ostensivo, em relação a apartamentos que pertencem aos sócios participantes<sup>172</sup>; a existência de sociedade em conta de participação para a exploração de um bem comum, consistente em um incinerador de lixo<sup>173</sup>.

Por sua vez, foram identificados apenas 4 casos cíveis em que contratos de sociedade em conta de participação foram utilizados para oculta contratos de consumo. E a pequena quantidade de casos possibilitou a análise individualizada de cada um deles.

### **REsp n. 1.943.845/DF**

Em relação ao REsp n. 1.943.845/DF<sup>174</sup>, trata-se de ação ajuizada por uma pessoa física em face de G44 Brasil S/A, em que o pedido é a rescisão do contrato de sociedade em conta de participação e a restituição dos valores transferidos. Trata-se da hipótese em que o negócio

---

<sup>170</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.833.770/DF**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, 29 de agosto de 2022.

<sup>171</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº. 1.858.308/DF**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, 29 de agosto de 2022.

<sup>172</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª turma). **Recurso Especial nº. 1.993.893/SP**. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 de agosto de 2022.

<sup>173</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº. 763.480/DF**. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, 23 de fevereiro de 2016.

<sup>174</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª turma). **Recurso Especial nº 1.943.845/DF**. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 22 de março de 2022.

jurídico envolveu contrato de investimento coletivo não autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários. Foi reconhecido que a relação jurídica tinha natureza consumerista e o pedido foi julgado procedente para “declarar rescindido o contrato de sociedade em conta de participação” e condenar o sócio ostensivo ao pagamento do valor transferido pelo sócio participante, “corrigido monetariamente pelo INPC, desde o desembolso, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação”. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Vale observar que, a partir da ideia de que o negócio jurídico veicula investimento, o Superior Tribunal de Justiça determinou que “a sociedade em conta de participação pode imprimir caráter consumerista à relação entre o sócio ostensivo – o qual possui amplo poder para gerir o objeto da sociedade, qual seja, o investimento financeiro – e os sócios participantes”. E foram estabelecidas as premissas para a excepcional incidência do Código de Defesa do Consumidor em relação aos negócios veiculados por meio de sociedades em conta de participação: (i) a caracterização do sócio participante como investidor ocasional vulnerável; (ii) a sociedade em conta de participação seja fraudulenta, como tentativa de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao caso concreto, a identificação da natureza consumerista da relação jurídica entre ocorreu a partir da constatação da “desproporção de forças entre as partes diante da estruturação e forma de remuneração do sócio ostensivo e a caracterização do recorrido como investidor ocasional vulnerável”, sendo que o fato do sócio participante não desenvolver a “atividade de maneira reiterada e profissional” foi considerada suficiente para se concluir que, no caso, “se subsume ao conceito de consumidor”.

Foi apontada, ainda, a “suspeita de ter utilizado a forma de sociedade em conta de participação como ardil para burlar as regras de proteção do consumidor, motivo pelo qual é de rigor a incidência das normas consumeristas”.

Partindo da premissa de que as sociedades em conta de participação configuram verdadeiro contrato de investimento, concluiu-se ser “[i]negável, portanto, que a sociedade em conta de participação pode imprimir caráter consumerista à relação entre o sócio ostensivo – o qual possui amplo poder para gerir o objeto da sociedade, qual seja, o investimento financeiro – e os sócios participantes”.

Vale transcrever o seguinte trecho, que contém a síntese do julgado:

30. E, nesse sentido, diante da caracterização da utilização desviada da sociedade em conta de participação como subterfúgio para despistar a existência de um verdadeiro contrato de investimento de cunho consumerista, no qual se enquadram as partes, perfeitamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor, razoável se faz que incida

a legislação consumerista, de forma excepcional, desde que também presente a figura do investidor ocasional vulnerável.

31. Em suma, pode-se concluir que, para incidência excepcional do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de sociedade em conta de participação, devem estar presentes dois requisitos: (a) a caracterização do sócio participante ou oculto como investidor ocasional vulnerável, e (b) ter sido a sociedade em conta de participação constituída ou utilizada com fim fraudulento, notadamente para afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

36. Assim, diante do preenchimento dos requisitos supramencionados, encontra-se evidenciada a desproporção de forças entre as partes diante da estruturação e forma de remuneração do sócio ostensivo e a caracterização do recorrido como investidor ocasional vulnerável, pois este não desenvolve a referida atividade de maneira reiterada e profissional, razão pela qual se subsume ao conceito de consumidor. Ademais, a ré é suspeita de ter utilizado a forma de sociedade em conta de participação como ardil para burlar as regras de proteção do consumidor, motivo pelo qual é de rigor a incidência das normas consumeristas.

37. Desta feita, ao contrário do alegado pelo recorrente, não restou caracterizada violação aos artigos 991 a 996, do Código Civil, posto que o caráter consumerista da relação jurídica não desqualifica a relação tida entre o sócio ostensivo e o sócio participante, mas apenas embute uma camada de proteção à parte vulnerável e/ou hipossuficiente enquanto investidor ocasional.

Neste caso, em primeira e em segunda instâncias, assim como no Superior Tribunal de Justiça, foi identificado que o uso da sociedade em conta de participação teve o objetivo de disfarçar contrato de consumo. O Poder Judiciário reconheceu a natureza consumerista da relação e a solução para a controvérsia foi alcançada por aplicação do Código de Defesa do Consumidor, destacando-se, por exemplo, a definição do órgão jurisdicional competente. Vale observar, por fim, que o resultado foi a restituição das partes ao estado anterior, o que correspondeu ao pedido do consumidor.

#### **AgInt no REsp n. 1.757.092/SP**

Em relação ao AgInt no REsp n. 1.757.092/SP<sup>175</sup>, a controvérsia envolveu sociedade em conta de participação para aquisição de unidades de apart-hotel em empreendimento imobiliário denominado "Blue Tree Towers - São Carlos - SP". O objeto do recurso levado ao Superior Tribunal de Justiça foi definir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na hipótese da rescisão de promessa de compra e venda de imóvel destinado a investimento (não para a moradia do adquirente), assim como estabelecer se a futura administradora do empreendimento hoteleiro tem legitimidade passiva em relação à pretensão de resolução do contrato e reparação de danos causados pela paralisação das obras.

---

<sup>175</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª turma). **Aggravado Interno de Recurso Especial nº 1.757.092/SP**. Relator: Min. Raul Araújo, 19 de novembro de 2019.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a natureza consumerista da relação jurídica e determinou a legitimidade da Blue Tree, uma vez que “a participação da Blue Tree contribuiu enormemente para a comercialização do empreendimento e no convencimento dos compradores sobre a segurança do negócio”.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para determinar que tratava-se “o negócio precipuamente de um empreendimento entre investidores, destinado à exploração econômica e à obtenção de lucros”, sendo que os investidores tinham ciência de que a implantação do empreendimento ocorreria em etapas distintas, sendo “a primeira, destinada à construção das unidades imobiliárias, ficava a cargo, ou seja, era de responsabilidade da construtora e incorporadora, bem como da promitente vendedora”, enquanto “a segunda etapa, somente possível após a implementação da primeira, era relativa à administração do condomínio e ao funcionamento do serviço de hotelaria, sob a responsabilidade da ora recorrente”.

Houve “...o reconhecimento da ilegitimidade passiva da recorrente, uma vez que não integrou a cadeia de fornecimento da incorporação imobiliária, apenas obrigando-se a administrar futuramente os serviços hoteleiros, ramo de sua expertise, após a conclusão do empreendimento por meio da formação de sociedade em conta de participação juntamente com os adquirentes”.

Por sua vez, o voto divergente, da lavra do Min. Luís Felipe Salomão, determinava a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo como consequência o reconhecimento de que a Blue Tree integrou a cadeia do fornecimento, o que determinaria a sua legitimidade passiva.

Vale transcrever trecho extraído do voto vencedor:

Na hipótese, portanto, ficava evidente a existência de duas claras etapas distintas na implementação do empreendimento, resultando em relações jurídicas também distintas, a saber: a primeira, destinada à construção das unidades imobiliárias, ficava a cargo, ou seja, era de responsabilidade da construtora e incorporadora, bem como da promitente vendedora, como uma intermediária para realização das vendas; e a segunda etapa, somente possível após a implementação da primeira, era relativa à administração do condomínio e ao funcionamento do serviço de hotelaria, sob a responsabilidade da ora recorrente.

Constata-se, portanto, que os adquirentes tinham plena ciência de que as unidades não seriam construídas nem eram vendidas pela ora agravante, a qual seria apenas a futura administradora do pool hoteleiro, visto que anuíram ao Termo de Adesão do empreendimento, entregando as futuras unidades ao pool hoteleiro e à constituição da sociedade em conta de participação para exploração hoteleira, na qual constariam como sócios ocultos e a recorrente como sócia ostensiva.

Tratava-se, assim, o negócio precipuamente de um empreendimento entre investidores, destinado à exploração econômica e à obtenção de lucros.

Também vale transcrever o seguinte trecho extraído do voto vencido, proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão:

A petição inicial aponta diversas entrevistas públicas de representantes da Blue Tree comentando sobre o negócio jurídico objeto da questão, e do envolvimento da empresa como garantia para o bom desenvolvimento da operação de venda (fls. 07). Diante dos valores envolvidos, e a natureza da atividade dos autores, pode-se perceber que não há propriamente profissionais envolvidos na aquisição das unidades imobiliárias, mas sim reais consumidores, tal como previsto no art. 2º do CDC (fls. 10/21).

É com base nesse substrato fático que se pode inferir, para fins de responsabilização e diante da boa-fé objetiva, ser extremamente razoável a conclusão tomada pelo consumidor/comprador quanto à efetiva e intensa participação da Blue Tree no empreendimento.

(...)

Em suma, descumprido o dever de informar adequadamente - o que se observa mediante a redação clara, legível e inequívoca da mensagem publicitária -, prevalece imperiosamente a aparência, ou seja, aquilo que for compreensível ao consumidor mediano, indivíduo vulnerável e hipossuficiente, que não detém conhecimento técnico da realidade prática a que se submete primordialmente por confiança na marca Blue Tree.

(...)

Assim, na espécie, entender de forma diversa do propugnado para afastar a responsabilização civil da Blue Tree, notadamente diante da proteção contra publicidade enganosa e do dever de informação adequada e clara sobre os produtos e serviços (CDC, art. 6º, III e IV), acabaria por afrontar diretamente o princípio constitucional de defesa do consumidor, seja em sua vertente de garantia fundamental constitucional (CF, art. 5º XXXII), seja como princípio da ordem econômica (CF, art. 170, V), notadamente em razão do art. 6º, VI do CDC que exige a efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais do consumidor, sob pena de vulneração de sua dignidade humana (CF, art. 1º, III)”.

Como se observa, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por maioria de votos, que a relação jurídica entre as partes não tinha natureza de consumo, o que justificou a solução da controvérsia sem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Foi conferido tratamento paritário às partes, com maior ênfase à autonomia privada e à força dos pactos celebrados no caso concreto. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o voto vencido no Superior Tribunal de Justiça consideraram que a relação jurídica era consumerista, o que, considerando a desequilíbrio entre as partes e a vulnerabilidade do consumidor, justificaria o reconhecimento da responsabilidade solidaria da Blue Tree.

Assim, como destacado anteriormente, a correta identificação da natureza da relação jurídica entre as partes é o ponto de partida para a solução adequada das controvérsias envolvendo sociedades em conta de participação. E a caracterização da relação de consumo implica na incidência do regime jurídico consumerista.

**REsp n. 1.785.802/SP**

Em relação ao REsp n. 1.785.802/SP<sup>176</sup>, a controvérsia envolve sociedade em conta de participação para aquisição de unidades de apart-hotel em empreendimento imobiliário denominado "Blue Tree Towers - São Carlos - SP". O objeto do recurso levado ao Superior Tribunal de Justiça foi definir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na hipótese da rescisão de promessa de compra e venda de imóvel destinado a investimento (não para a moradia do adquirente), assim como estabelecer se a futura administradora do empreendimento hoteleiro tem legitimidade passiva em relação à pretensão de resolução do contrato e reparação de danos causados pela paralisação das obras.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade da aquisição de imóvel para investimento configurar relação de consumo, desde que identificada a “figura do consumidor investidor”, valendo transcrever trecho específico do acórdão:

Logo, com base na teoria finalista mitigada, o adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo, pois, evidente a sua vulnerabilidade.

Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo, portanto, em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional.

Não obstante, o tribunal decidiu que e que a promissária compradora, que era investidora, tinha ciência de que a Blue Tree apenas realizaria a exploração apart-hoteleira, o que constitui obstáculo para a sua inclusão na cadeia de fornecimento e, por consequência, o reconhecimento da sua responsabilidade solidária pelos danos decorrentes do descumprimento das obrigações relativas à incorporação imobiliária. Assim, foi reconhecida a ilegitimidade passiva, uma vez que a Blue Tree não integrou a cadeia de fornecimento concernente à incorporação imobiliária.

Vale transcrever os seguintes trechos ilustrativos:

Logo, com base na teoria finalista mitigada, o adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo, pois, evidente a sua vulnerabilidade.

Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo, portanto, em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional.

(...)

---

<sup>176</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª turma). **Recurso Especial nº 1.785.802/SP**. Relator: Min. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 19 de fevereiro de 2019.

Verifica-se, assim, que a autora adquiriu as unidades imobiliárias para investimento pessoal ou empresarial, não sendo, portanto, destinatária final dos bens, o que descaracterizaria, a princípio, a relação de consumo.

De fato, o pool de locações corresponde à associação de vários proprietários que, em conjunto com uma empresa de administração hoteleira, disponibiliza seu flat para locação como se fosse um apartamento de hotel, por meio de um contrato de adesão com a administradora do edifício. Isso proporciona investimento com rentabilidade superior ao aluguel residencial ou convencional, pois isenta tanto o investidor quanto o usuário de problemas característicos da lei do inquilinato.

Na hipótese dos autos, a promissária compradora tinha ciência de que as unidades habitacionais não seriam destinadas ao próprio uso, visto que as entregou ao poolhoteleiro ao anuir ao Termo de Adesão e ao contratar a constituição da sociedade em conta de participação para exploração apart-hoteleira, em que integraria os sócios participantes (sócios ocultos), sendo a BTH a sócia ostensiva.

Desse modo, é inegável que a autora era investidora (a conta em participação é melhor qualificada como um contrato de investimento conjunto do que um tipo societário), de forma que, pela Teoria Finalista mitigada, a Corte local deveria, ao menos, aferir a sua vulnerabilidade para fins de aplicação do CDC.

No entanto, tal questão fica superada, pois, como assinalado na sentença, a recorrente é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide, já que "(...) observa-se a sua total desvinculação com o empreendimento imobiliário e construção, inexistindo fundamento para que lhe seja reconhecida a obrigação de indenizar"(fl. 427).

É dizer, mesmo que se procedesse à análise casuística e se chegasse à conclusão de que a autora, ora recorrida, seria de fato vulnerável e a ela seria aplicável o CDC, ainda assim é de rigor reconhecer a ilegitimidade passiva da BTH para a causa.

Como se observa, apesar de ter apontado a possibilidade do investidor ocasional ser consumidor, o Superior Tribunal de Justiça delimitou a amplitude da possível relação de consumo à venda e compra da unidade autônoma, excluindo a relação concernente a administração do serviço hoteleiro. Assim, a solução para o conflito em concreto não foi alcançada por aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tendo sido dada maior ênfase à autonomia privada, com tratamento paritário entre as partes.

### **AgRg no AREsp n. 508.700/RJ**

Em relação ao AgRg no AREsp n. 508.700/RJ<sup>177</sup>, o Superior Tribunal de Justiça afirmou a “incidência do CDC ao caso dos autos e a inaplicabilidade da cláusula compromissória e à competência do juízo decorreu da análise dos contratos de compra e venda e da sociedade em conta de participação”.

Assim, ao reconhecer a natureza consumerista da relação entre as partes, houve o afastamento da cláusula compromissória prevista no contrato de constituição da sociedade em conta de participação, afirmando-se a jurisdição do Poder Judiciário<sup>178</sup>.

<sup>177</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº. 508.700/RJ**. Relator: Min. Sidnei Beneti, 19 de agosto de 2014.

<sup>178</sup> Vale observar que neste julgado a determinação da incidência do Código de Defesa do Consumidor possibilitou solução jurídica própria do regime consumerista, com o reconhecimento da nulidade da cláusula compromissória.

Portanto, neste caso, o Poder Judiciário identificou o uso da sociedade em conta de participação para encobrir contrato de consumo, diante do que a solução da controvérsia foi alcançada por aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Houve o tratamento protetivo do consumidor e o afastamento da cláusula que estabelecia a solução de conflitos por meio da arbitragem.

### 7.3. Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foram localizados 1973 acórdãos que contém a expressão “sociedade em conta de participação”<sup>179</sup>.

Destes, 1.130 foram julgados pela Subseção de Direito Privado I<sup>180</sup>, 313 foram julgados pela Subseção de Direito Privado II<sup>181</sup>, 229 foram julgados pela Subseção de Direito Privado

---

De forma sensivelmente diversa, por exemplo, no julgamento do REsp n. 1.717.677/PR<sup>178</sup> o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “[n]o âmbito do direito processual civil, a principal consequência do princípio competência-competência é a necessária extinção do feito que houver sido proposto com fundamento no contra de desconstituição de sociedade em conta de participação” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº. 1.717.677/PR**. Relatora: Min. Nancy Andri ghi, 19 de novembro de 2019).

<sup>179</sup> Cumpre observar que os números indicados correspondem aos resultados obtidos por meio das pesquisas realizadas, sendo que, entretanto, nem todos os julgados envolviam sociedades em conta de participação. Assim, em uma etapa subsequente, houve a análise individualizada de todos os julgados indicados no resultado das pesquisas, possibilitando a seleção daqueles que têm pertinência com o presente trabalho e a desconsideração dos demais julgados.

<sup>180</sup> De acordo com o art. 5º, I, da Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Subseção de Direito Privado I, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, tem competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: ações relativas a fundações de Direito Privado, sociedades, inclusive as paraestatais, associações e entidades civis, comerciais e religiosas; ações de nulidade e anulação de casamento; ações de separação judicial; ações de divórcio; ações de alimentos e revisionais; ações e procedimentos relativos a tutela e curatela; ações de investigação, negação e impugnação de paternidade; ações de interdição; ações resultantes de união estável; inventários e arrolamentos; ações e procedimentos relativos a testamento e codicilo; ações relativas a partilha e adjudicação; ações relativas a cessão de direitos hereditários; ações de petição de herança; ações de usucapião de bem imóvel; ações de reivindicação de bem imóvel; outras ações relativas a domínio de bem imóvel, ainda que para disputa de preço em desapropriação; ações de imissão de posse de bem imóvel; ações de divisão e demarcação; ações relativas a loteamentos e a localização de lotes; ações e execuções relativas a seguro habitacional; ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos; ações e execuções relativas a responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil; ações relativas a compra e venda e adjudicação compulsória, que tenham por objeto coisa imóvel, ressalvadas aquelas sujeitas ao estatuto das licitações e contratos administrativos; ações paulianas; ações relativas a venda de quinhão, bem como a venda e administração de coisa comum; ações de responsabilidade civil contratual relacionadas com matéria da própria Subseção; ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria de competência da própria Subseção, salvo a do Estado; ações relativas a direitos de autor; falências, concordatas e seus incidentes, regidos pelo Decreto-lei nº 7.661/1945; insolvência civil, fundada em título executivo judicial; ações e procedimentos relativos a registros públicos; alienações judiciais relacionadas com matéria da própria Subseção; ação civil pública, relacionada com matéria da própria Subseção; ações relativas a propriedade industrial, patentes, marcas, denominações sociais e atos da Junta Comercial, cujo recurso tenha sido distribuído antes de 9 de fevereiro de 2011, data em que entrou em vigor a Resolução n. 538/2011, assim como as prevenções decorrentes.

<sup>181</sup> De acordo com o art. 5º, II, da Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Subseção de Direito Privado I, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, tem competência preferencial para o julgamento das

III<sup>182</sup>, 20 foram julgados pela Subseção de Direito Público e 49 foram julgados pela Subseção de Direito Criminal.

Além disso, foi possível identificar que dos 1.130 recursos julgados pela Subseção de Direito Privado I, 749 foram julgados especificamente pelas 1ª e pela 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial<sup>183</sup>. Também foi possível identificar que 49 conflitos de competência foram julgados pela Câmara Especial e do Grupo Especial da Seção de Direito Privado.

Dos 20 julgados afetos à Subseção de Direito Público, apenas 9 casos estão efetivamente relacionados com sociedades em conta de participação. Entretanto, em nenhum dos casos foram identificadas situações relacionadas com o objeto deste trabalho, ou seja, os fatos discutidos nas ações não dizem respeito ao uso da sociedade em conta de participação para esconder contrato

---

seguintes matérias: ações oriundas de representação comercial, comissão mercantil, comodato, condução e transporte, depósito de mercadorias e edição; ações de retribuição ou indenização de depositário ou leiloeiro; ações e execuções de insolvência civil e as execuções singulares, quando fundadas em título executivo extrajudicial, as ações tendentes a declarar-lhe a inexistência ou ineficácia ou a decretar-lhe a anulação ou nulidade, as de sustação de protesto e semelhantes, bem como ações de recuperação ou substituição de título ao portador; ações relativas a contratos bancários, nominados ou inominados; ações discriminatórias de terras e as relativas a servidão de caminho e direito de passagem; ações derivadas de consórcio, excetuadas as relativas à alienação fiduciária em que se discuta a garantia; ações possessórias de imóveis, excluídas as derivadas de arrendamento rural, parceria agrícola, arrendamento mercantil e ocupação ou uso de bem público; ações de eleição de cabecel; ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com as matérias de competência da própria Subseção; ações relativas a franquias, cujo recurso tenha sido distribuído antes de 9 de fevereiro de 2011, data em que entrou em vigor a Resolução nº 538/2011, assim como as prevenções decorrentes; ações fundadas em contrato de cartão de crédito e prestação de serviços bancários, além da que cuida o parágrafo primeiro.

<sup>182</sup> De acordo com o art. 5º, III, da Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Subseção de Direito Privado I, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, tem competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: ações relativas a condomínio edilício; ações de ressarcimento por dano em prédio urbano ou rústico; ações e execuções oriundas de contrato de alienação fiduciária em que se discuta garantia; ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias; ações e execuções relativas a honorários de profissionais liberais; ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel; ações de arrendamento rural e de parceria agrícola; ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais; ações e execuções relativas a venda a crédito com reserva de domínio, inclusive as possessórias delas derivadas; ações e execuções relativas a arrendamento mercantil, mobiliário ou imobiliário; ações e execuções oriundas de mediação, de gestão de negócios e de mandato; ações e execuções de crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete e de tradutor; ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matéria de competência da própria Subseção; ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes; ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro, excetuadas as ações que envolvam deficiência ou falta do serviço público; ações relativas a previdência privada.

<sup>183</sup> De acordo com o art. 6 da Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial têm competência, excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), as que envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, e franquias (Lei nº 8.955/1994), assim como as ações principais, acessórias e conexas relativas à matéria prevista nos artigos 13 a 24 da Lei nº 14.193/2021.

de consumo. Exemplificativamente, vale mencionar a existência de julgado tratando da não incidência do Imposto Sobre Serviço na locação de unidades de flats e *apart-services*, na situação em que há constituição de sociedade em conta de participação para a administração do pool hoteleiro, uma vez que a atividade não seria congênere aos serviços de hotelaria e hospedagem<sup>184</sup>. Vale também mencionar o reconhecimento do uso simulado da sociedade em conta de participação com o objetivo de elusão fiscal, como tentativa de não pagamento de contribuição social, na hipótese em que foi identificada a efetiva participação dos sócios ocultos na atividade<sup>185</sup>.

Em relação aos julgamentos realizados pela Subseção de Direito Criminal, dos 49 julgados inicialmente identificados, apenas em 4 casos houve o efetivo uso de sociedades em conta de participação para a prática de infrações penais. Em todos os casos as circunstâncias fáticas envolveram a oferta pública de financiamentos, com ampla divulgação na mídia, sendo que os negócios jurídicos foram formalizados através da constituição de sociedades em conta de participação. Em 3 julgados houve a condenação pela prática do crime de estelionato (art. 170 do CP), tendo sido provada a obtenção de vantagem ilícita por meio do recebimento valores mensais, sem cumprimento da promessa da posterior concessão de financiamento para a aquisição ou para a reforma de bens imóvel<sup>186</sup>. Em apenas um dos casos houve a absolvição uma vez que, apesar do acórdão ter apontado que a promessa de financiamento caracterizou a atividade de consórcio não autorizado, após a proibição da atividade ter sido determinada nos autos de uma ação civil pública, os réus interromperam as atividades e restituíram integralmente os valores que haviam recebido<sup>187</sup>.

Em relação aos julgamentos realizados pela Seção de Direito Privado, inicialmente é importante observar que há grande divergência sobre a competência para processar e julgar os

---

<sup>184</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0412460-97.1997.8.26.0053. 2ª Vara de Fazenda Pública, 15ª Câmara de Direito Público, Foro Central. Relator: Rodrigues de Aguiar, 6 de setembro de 2018.

<sup>185</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível/ Remessa Necessária nº 1002553-51.2019.8.26.0191. 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Ferraz de Vasconcelos: 1ª Vara. Relatora: Silvia Meirelles, 26 de maio de 2020.

<sup>186</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 9000003-14.2001.8.26.0405. 5ª Câmara de Direito Criminal, Foro de Osasco: 3ª. Vara Criminal. Relator: Pinheiro Franco, 24 de maio de 2012. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0033901-67.2004.8.26.0050. 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda: 12ª Vara Criminal. Relator: Otávio de Almeida Toledo, 5 de outubro de 2010. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0055437-80.2010.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda. 26ª Vara Criminal. Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 8 de maio de 2012.

<sup>187</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0029813-15.2002.8.26.0451. 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba: 3ª. Vara Criminal. Relator: Pinheiro Franco, 1 de outubro de 2009.

recursos envolvendo sociedades em conta de participação. Especificamente em relação aos conflitos de competência, foram localizados 49 julgados oriundos da Câmara Especial e do Grupo Especial da Seção de Direito Privado: em 24 casos o aspecto formal da sociedade em conta de participação foi determinante para o estabelecimento da competência dos órgãos com atuação empresarial; em 12 casos o fato da controvérsia envolver matéria cível prevaleceu sobre a estrutura societária; em apenas 4 casos a competência foi estabelecida em razão da natureza consumerista da relação jurídica.

Dos referidos 49 julgados, vale mencionar os seguintes: na hipótese de sociedade em conta de participação em que os sócios pactuaram investimento para a montagem de franquia, foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação empresarial<sup>188</sup>; na hipótese de disputa envolvendo sociedade em conta de participação para a administração de pool hoteleiro, coligado com compromisso de venda e compra do imóvel, foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação cível geral<sup>189</sup>; na hipótese de disputa envolvendo sociedade em conta de participação com o propósito da administração de investimentos, foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação cível geral<sup>190</sup> e também foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação empresarial<sup>191</sup>; na hipótese de disputa envolvendo a promessa de venda e compra de

---

<sup>188</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0028167-61.2022.8.26.0000. Câmara Especial; Foro Regional III/Jabaquara: 1ª Vara Cível. Relatora: Daniela Cilento Morsello, 31 de outubro de 2022.

<sup>189</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0006945-03.2023.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Botucatu: 3ª. Vara Cível. Relator: Correia Lima, 19 de junho de 2023.

<sup>190</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0002820-89.2023.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro Regional II/Santo Amaro: 5ª Vara Cível. Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot, 30 de maio de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0032973-42.2022.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Catanduva: 1ª Vara Cível. Relator: Coutinho de Arruda, 14 de março de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0018823-56.2022.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Santo André: 6ª. Vara Cível. Relator: Andrade Neto, 24 de janeiro de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0027569-10.2022.8.26.0000. Câmara Especial; Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relatora: Silvia Sterman, 24 de outubro de 2022.

<sup>191</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0033817-89.2022.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Catanduva: 3ª Vara Cível. Relator: Spencer Almeida Ferreira, 11 de maio de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0033493-02.2022.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Santo André: 3ª. Vara Cível. Relator: Luiz Antonio de Godoy, 23 de janeiro de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0034081-09.2022.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Andrade Neto, 19 de dezembro de 2022.

bem imóvel, foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação cível geral<sup>192</sup> e também foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação empresarial<sup>193</sup>; nos autos da ação civil pública promovida pela Associação Paulista de Proteção e Orientação ao Consumidor – APPOC visando o reconhecimento do caráter fraudulento dos contratos de sociedade em conta participação firmados com consumidores, caracterizados pela formação de chamada pirâmide financeira, a partir do aspecto formal dos negócios jurídicos, foi reconhecida a competência dos órgãos com atuação empresarial<sup>194</sup>.

Ultrapassada a questão dos conflitos de competência, cabe uma primeira distinção entre as ações cíveis individuais e as coletivas. Nesse sentido, a pesquisa com o uso conjugado das expressões “sociedade em conta de participação” e “ação civil pública” identificou 25 julgados. Desses, 12 envolveram sociedades em conta de participação que ocultam contratos de consumo. Vale notar que não foram identificados recursos relativos a ações civis públicas recentes, em que pese a análise dos julgados indique o crescimento de ações individuais envolvendo sociedades em conta de participação que disfarçam contratos de consumo.

Em relação aos referidos 12 julgados, vale destacar: a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2002 (processo n. 583.00.2002.208816-7), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para compra, reforma e construção de bem imóvel, assim como o reconhecimento da nulidade dos contratos de constituição de sociedades em conta de participação celebrados com consumidores, além da condenação à restituição dos valores pagos e ao pagamento de indenização por perdas e danos<sup>195</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2002 (processo n. 2862/2002), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de bens móveis e imóveis, assim como a condenação ao pagamento de indenização aos consumidores

---

<sup>192</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0031493-29.2022.8.26.0000. Câmara Especial, Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Decano Xavier de Aquino, 20 de janeiro de 2023.

<sup>193</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0008724-90.2023.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Elcio Trujillo, 12 de abril de 2023.

<sup>194</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0053579-04.2016.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Guarulhos: 4ª. Vara Cível. Relator: Paulo Ayrosa, 13 de dezembro de 2016.

<sup>195</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0208816-13.2002.8.26.0100. 10ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 1ª Vara Cível. Relatora: Marcia Dalla Déa Barone, 05 de novembro de 2013.

que celebraram contratos de constituição de sociedades em conta de participação<sup>196</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2002 (processo n. 3478/2002), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de bens móveis e imóveis, assim como a condenação ao pagamento de indenização aos consumidores que celebraram contratos de constituição de sociedades em conta de participação<sup>197</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2001 (processo n. 2001.0000276), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de veículos, assim como a condenação ao pagamento de indenização aos consumidores que celebraram contratos de constituição de sociedades em conta de participação<sup>198</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2006 (ação n. 145779/2006), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de bens imóveis, por meio de sociedade em conta de participação<sup>199</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2002 (processo n. 2002.00187745), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de bens, por meio de sociedades em conta de participação<sup>200</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 1993 (processo n. 222/1993), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de linhas telefônicas, assim como a condenação ao pagamento de indenização aos consumidores que celebraram contratos de constituição de sociedades em conta de

---

<sup>196</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0027304-33.2007.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 18ª Vara Cível. Relator: Ramon Mateo Júnior, 31 de julho de 2013.

<sup>197</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0121137-76.2005.8.26.0000. : 5ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 17. Vara Cível. Relator: J.L. Mônaco da Silva, 5 de setembro de 2012.

<sup>198</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9180228-46.2002.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 5ª Vara Cível. Relator: José Marcos Marrone, 14 de setembro de 2011.

<sup>199</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Feito não especificado 9043085-73.2006.8.26.0000. Foro Central Cível: 36ª Vara Cível. Relator: Oldemar Azevedo, N/A, registro: 10/11/2006.

<sup>200</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0068673-80.2002.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC), Foro Central Cível: 18ª Vara Cível. Relator: Paulo Roberto de Santana, 24 de setembro de 2003.

participação<sup>201</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 1999 (processo n. 1999.00000440), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de linhas telefônicas, assim como a condenação ao pagamento de indenização aos consumidores que celebraram contratos de constituição de sociedades em conta de participação<sup>202</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2008 (processo n. 886/2008), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de bens, por meio de sociedade em conta de participação<sup>203</sup>; a identificação de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2003 (processo n. 2003.00158006), visando a condenação ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção da concessão irregular de crédito para a aquisição de bens, assim como a condenação ao pagamento de indenização aos consumidores que celebraram contratos de constituição de sociedades em conta de participação<sup>204</sup>.

Em relação às ações cíveis individuais, a análise dos julgados foi realizada separadamente para a Subseção de Direito Privado I, para a Subseção de Direito Privado II e para a Subseção de Direito Privado III, tendo em vista as duas diferentes competências.

Na Subseção de Direito Privado I a busca utilizando a expressão “sociedade em conta de participação” identificou 1.130 julgados. Desses, apenas 139 envolviam sociedades em conta de participação relativas a relações consumeristas. Foram desconsiderados os casos em que o acórdão expressamente afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor e aqueles em que apesar da inexistência de menção expressa a relação jurídica é notadamente cível ou empresarial<sup>205</sup>. Dos julgados selecionados, em 32 casos os órgãos com competência empresarial

---

<sup>201</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9181404-65.1999.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 22ª Vara Cível. Relator: Antonio Galvão Leite Cintra, N/A, Registro: 05/06/2000.

<sup>202</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão 9072840-89.1999.8.26.0000. 3ª Câmara (Extinto 1º TAC), Foro de Jaboticabal: 2ª Vara Cível. Relatora: Maia da Rocha, 15 de outubro de 2002.

<sup>203</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9064830-41.2008.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Privado, Foro de Sorocaba: 4ª. Vara Cível. Relator: João Carlos Saletti, 17 de fevereiro de 2009.

<sup>204</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9141043-88.2008.8.26.0000. 16ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 21ª Vara Cível. Relator: Simões de Vergueiro, 28 de agosto de 2012.

<sup>205</sup> Dentre os casos que não envolvem relações de consumo, vale destacar, por exemplo: disputa envolvendo sociedade em conta de participação para o desenvolvimento de empreendimento médico hospitalar (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1056582-96.2020.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 14ª Vara Cível. Relator: Azuma Nishi, 17 de agosto de 2022); disputa envolvendo sociedade em conta de participação para a fabricação de máquinas (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça

reconheceram a sua incompetência, em razão da natureza da relação jurídica subjacente, a despeito das partes terem contratado a constituição de sociedade em conta de participação<sup>206</sup>. Por sua vez, em 12 casos os órgãos com competência cível reconheceram a sua incompetência, em razão da lide envolver sociedade em conta de participação. Outrossim, em apenas 2 casos houve menção expressa ao objetivo de fraudar a lei imperativa, enquanto em apenas 5 casos houve menção expressa à simulação. No mais, em 25 casos foi identificado que a solução para o caso foi alcançada pela aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista, ou seja, foi expressamente reconhecida a natureza de consumo da relação jurídica e a partir disso a controvérsia foi dirimida por aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os julgados da Subseção de Direito Privado I vale destacar, por exemplo: a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação que formalizam investimento coletivo sem a observância das formalidades legais, notadamente a autorização da Comissão de Valores Mobiliários, hipótese em que foi reconhecido o objetivo de fraudar a lei e, por consequência a nulidade, com a determinação da restituição de valores<sup>207</sup>; a existência de ações em que, sem a caracterização da relação de consumo, mesmo identificado o investimento coletivo irregular, o pedido foi julgado improcedente em razão da inexistência de prova do investimento<sup>208</sup>; a existência de ações em que a sociedade em conta de participação mascarou contrato de consumo relativo ao investimento em criptomoedas com promessa de retorno financeiro, tendo sido determinada a rescisão do contrato e restituição de valores<sup>209</sup>; em situação

---

do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº1014324-95.2019.8.26.0071. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Bauru: 4ª Vara Cível. Relator: Sérgio Shimura, 15 de agosto de 2022)

<sup>206</sup> Por exemplo: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2148259-97.2023.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Lorena: 2ª Vara Cível. Relator: Alexandre Lazzarini, 28 de junho de 2023.

<sup>207</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003189-48.2020.8.26.0428, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Paulínia: 2ª Vara. Relator: Sérgio Shimura, 30 de junho de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1088687-63.2019.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 9ª Vara Cível. Relator: Maurício Pessoa, 02 de fevereiro de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1035650-21.2015.8.26.0114. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Campinas: 5ª Vara Cível. Relator: Sérgio Shimura, 01 de dezembro de 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1050699-08.2019.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 9ª Vara Cível. Relator: Grava Brazil, 4 de outubro de 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1006252-22.2020.8.26.0286. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Itu: 2ª Vara Cível. Relator: Azuma Nishi, 21 de setembro de 2022.

<sup>208</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001552-86.2020.8.26.0323. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Lorena: 1ª Vara Cível. Relator: Natan Zelinschi de Arruda, 19 de dezembro de 2022.

<sup>209</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001282-62.2020.8.26.0323. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Lorena: 2ª Vara Cível. Relator: Ricardo Negrão, 21 de junho de 2023.

similar, há precedentes afastando a incidência do Código de Defesa do Consumidor, mas reconhecendo a simulação, para determinar a nulidade do negócio e o retorno das partes ao estado anterior<sup>210</sup>; a existência de ações em que a sociedade em conta de participação mascarou contrato de consumo relativo à promessa de venda e compra de imóvel<sup>211</sup>; a existência de ações em que foi afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas foi reconhecida a nulidade da sociedade em conta de participação para viabilizar venda e compra de terrenos em loteamento não autorizado, tendo sido reconhecida a simulação, com a determinação da nulidade do negócio e o retorno das partes ao estado anterior<sup>212</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para encobrir contratos de consumo que formalizam investimento coletivo em operações de franquias com promessa de retorno financeiro, tendo sido determinada a rescisão do contrato e restituição de valores<sup>213</sup>; a existência de ação em que a sociedade em conta de participação foi utilizada como negócio simulado para alienação de imóvel antes do registro do memorial de incorporação, hipótese em que, mesmo sem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, foi determinada a rescisão do negócio e o retorno ao *status quo ante*<sup>214</sup>;

Por sua vez, na Subseção de Direito Privado II a busca utilizando a expressão “sociedade em conta de participação” identificou 313 julgados. Desses, apenas 57 envolviam sociedades em conta de participação relativas a relações consumeristas. Foram desconsiderados os casos

---

<sup>210</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2190704-38.2020.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Alexandre Lazzarini, 19 de abril de 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1085971-63.2019.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Azuma Nishi, 15 de setembro de 2021.

<sup>211</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002020-81.2018.8.26.0400. 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Olímpia: 1ª Vara Cível. Relator: Rômulo Russo, 18 de agosto de 2021. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000808-47.2020.8.26.0079. 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu: 1ª Vara Cível. Relatora: Mônica de Carvalho, 17 de agosto de 2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002450-49.2017.8.26.0309. 8ª Câmara de Direito Privado, Foro de Jundiá: 1ª Vara Cível. Relatora: Clara Maria Araújo Xavier, 27 de setembro de 2019.

<sup>212</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1072594-88.2020.8.26.0100. 6ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 2ª Vara Cível. Relator: Ademir Modesto de Souza, 16 de dezembro de 2021. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0007711-64.2011.8.26.0586. 10ª Câmara de Direito Privado, Foro de São Roque: 2ª Vara Cível. Relator: Coelho Mendes, 11 de fevereiro de 2020.

<sup>213</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2239815-20.2022.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Jorge Tosta, 19 de junho de 2023.

<sup>214</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1009346-80.2022.8.26.0100. 7ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 15ª Vara Cível. Relator: Ademir Modesto de Souza, 01 de junho de 2023.

em que o acórdão expressamente afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor e aqueles em que apesar da inexistência de menção expressa a relação jurídica é notadamente cível ou empresarial<sup>215</sup>. Dos julgados selecionados, em 32 casos os órgãos com competência cível reconheceram a sua incompetência, em razão da lide envolver sociedade em conta de participação. Outrossim, em apenas 1 caso houve menção expressa à simulação, não tendo sido identificada menção expressa ao objetivo de fraudar a lei imperativa. No mais, em 22 casos foi identificado que a solução para o caso foi alcançada pela aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista, ou seja, foi expressamente reconhecida a natureza de consumo da relação jurídica e a partir disso a controvérsia foi dirimida por aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os julgados da Subseção de Direito Privado II vale destacar, por exemplo: a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação que formalizam contrato de consumo para a promessa de compra e venda de unidade imobiliária hoteleira, sendo que o atraso na entrega justificou a rescisão e a determinação da restituição das partes ao estado anterior<sup>216</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação que formalizam contrato de consumo para investimento em criptomoedas com promessa de rendimentos, tendo sido determinada a rescisão do contrato e a restituição dos valores pagos, além de lucros cessantes<sup>217</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para prestação de serviços relacionados com o investimento para a aquisição de imóvel, tendo havido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, para a determinação da

---

<sup>215</sup> Dentre os casos que não envolvem relações de consumo, vale destacar, por exemplo: a existência de controvérsia versando sobre sociedade em conta de participação formada por médicos para a prestação de serviços de plantão médico (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004453-08.2021.8.26.0318. 1ª Câmara de Direito Privado, Foro de Leme: 1ª Vara Cível. Relator: Régis Rodrigues Bonvicino, 27 de julho de 2022); a existência de controvérsia versando sobre sociedade em conta de participação constituída por empresa montadora de veículos automotores e empresas concessionárias, para financiar a aquisição de veículos (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0004023-24.2002.8.26.0000. 9ª Câmara (Extinto 1º TAC), Foro de São Caetano do Sul: 4ª. Vara Cível. Relator: João Carlos Garcia, 25 de junho de 2002); a existência de controvérsia versando sobre sociedade em conta de participação constituída para a administração de pool hoteleiro (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003651-16.2019.8.26.0565. 12ª Câmara de Direito Privado, Foro de São Caetano do Sul: 3ª Vara Cível. Relator: Tasso Duarte de Melo, 25 de maio de 2022)

<sup>216</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000485-76.2019.8.26.0079. 11ª Câmara de Direito Privado, Foro de Botucatu: 3ª Vara Cível. Relator: Renato Rangel Desinano, 19 de outubro de 2020.

<sup>217</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1069571-71.2019.8.26.0100. 15ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 24ª Vara Cível. Relator: Ramon Mateo Júnior, 11 de agosto de 2020.

rescisão do contrato e a restituição das partes ao estado anterior<sup>218</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para prestação de serviços equivalentes a consorcio irregular para aquisição e reforma de imóvel, sendo que, mesmo sem a expressa aplicação do Código de Defesa do Consumidor, foi determinada a declaração da nulidade do negócio e a restituição das partes ao estado anterior<sup>219</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para prestação de serviços equivalentes a consorcio irregular para aquisição veículos, tendo sido determinada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com a consequente declaração da nulidade do negócio e a restituição das partes ao estado anterior<sup>220</sup>.

Já para a Subseção de Direito Privado III a busca utilizando a expressão “sociedade em conta de participação” identificou 229 julgados. Desses, apenas 88 envolviam sociedades em conta de participação relativas a relações consumeristas. Foram desconsiderados os casos em que o acórdão expressamente afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor e aqueles em que apesar da inexistência de menção expressa a relação jurídica é notadamente cível ou empresarial<sup>221</sup>. Dos julgados selecionados, em 51 casos os órgãos com competência cível reconheceram a sua incompetência, em razão da lide envolver sociedade em conta de

<sup>218</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0004967-26.2004.8.26.0236. 14ª Câmara de Direito Privado, Foro de Ibitinga: 2ª. Vara Judicial, Relatora: Marcia Dalla Déa Barone, 07 de julho de 2014.

<sup>219</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9110696-77.2005.8.26.0000. 18ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 3ª Vara Cível. Relator: Rubens Cury, 8 de fevereiro de 2012; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9095528-64.2007.8.26.0000. 14ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 1ª VC F Reg Tatuapé. Relator: Thiago de Siqueira, 26 de outubro de 2011; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9186514-35.2005.8.26.0000. 12ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 32ª Vara Cível. Relatora: Sandra Galhardo Esteves, 15 de junho de 2011; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0003353-95.2003.8.26.0405. 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco: 2ª. Vara Cível. Relator: Gilberto dos Santos, 02 de junho de 2011.

<sup>220</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9185565-79.2003.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC); Foro de Campinas: 1ª. Vara Cível. Relator (a): Melo Colombi, 11 de setembro de 2003; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9055365-76.2006.8.26.0000. 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tietê: VD Cerquilha. Relator: Itamar Gaino, 31 de outubro de 2007.

<sup>221</sup> Dentre os casos que não envolvem relações de consumo, vale destacar, por exemplo: controvérsia sobre a validade de cláusula de mandato inserida em contrato de constituição de sociedade em conta de participação (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2147612-05.2023.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 33ª Vara Cível. Relator: Andrade Neto, 29 de junho de 2023.); o reconhecimento da validade de cláusula compromissória inserida em contrato de constituição de sociedade em conta de participação (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002770-61.2022.8.26.0168. 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Dracena: 3ª Vara. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti; 18 de maio de 2023); controvérsia sobre a possibilidade do ingresso de novos condôminos no pool hoteleiro formalizado por meio de sociedade em conta de participação (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1025877-57.2016.8.26.0100. 30ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 38ª Vara Cível. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti, 22 de março de 2017).

participação<sup>222</sup>. Outrossim, em apenas 2 casos houve menção expressa à simulação, não tendo sido identificada menção expressa ao objetivo de fraudar a lei imperativa. No mais, em 16 casos foi identificado que a solução para o caso foi alcançada pela aplicação dos princípios e das regras do sistema consumerista, ou seja, foi expressamente reconhecida a natureza de consumo da relação jurídica e a partir disso a controvérsia foi dirimida por aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os julgados da Subseção de Direito Privado III vale destacar, por exemplo: a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para formalizar contrato de investimento, tendo sido reconhecido que o fato do investidor ser ocasional possibilita a incidência do Código de Defesa do Consumidor, o que autorizou a determinação da rescisão do contrato e restituição ao estado anterior, além da incidência da multa contratual<sup>223</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para esconder contrato de consumo com a promessa de compra e venda de imóvel, tendo sido determinada a rescisão do contrato e a restituição de 75% dos valores pagos<sup>224</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para ocultar contrato de consumo com a promessa de compra e venda de imóvel em construção, tendo sido reconhecida a simulação e determinada a rescisão e restituição dos valores pagos<sup>225</sup>; o reconhecimento da natureza consumerista da relação para determinar a nulidade da cláusula compromissória inserida no contrato de constituição da sociedade em conta de participação<sup>226</sup>, assim como para determinar a invalidade da cláusula de eleição de foro<sup>227</sup>; a existência de ações que versam

---

<sup>222</sup> Por exemplo: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1081023-44.2020.8.26.0100. 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem Relator: Ruy Coppola, 2 de março de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1010521-18.2019.8.26.0132. 26ª Câmara de Direito Privado, Foro de Catanduva: 1ª Vara Cível. Relatora: Maria de Lourdes Lopez Gil, 24 de fevereiro de 2023.

<sup>223</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002112-28.2020.8.26.0323. 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Lorena: 1ª Vara Cível. Relator: Antonio Rigolin, 12 de junho de 2023.

<sup>224</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1020237-90.2022.8.26.0576. 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível. Relator: Alfredo Attié, 27 de abril de 2023.

<sup>225</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001492-35.2021.8.26.0079. 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu: 1ª Vara Cível. Relatora: Issa Ahmed, 17 de abril de 2023; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002401-19.2018.8.26.0100. 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu: 1ª Vara Cível. Relator: Miguel Petroni Neto, 11 de junho de 2020.

<sup>226</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1026793-81.2022.8.26.0100. 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 32ª Vara Cível. Relator: Antonio Nascimento, 13 de março de 2023.

<sup>227</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2053861-95.2022.8.26.0000. 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível. Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot, 29 de junho de 2022.

sobre a promessa de venda e compra de unidade imobiliária conjugada com a constituição de sociedade em conta de participação para a administração do pool hoteleiro, sendo que foi reconhecida a relação de consumo e a constatação do atraso justificou a rescisão do contrato, a restituição dos valores pagos e a incidência da multa contratual<sup>228</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para prestação de serviços equivalentes a consorcio irregular para aquisição veículos, tendo sido determinada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com a consequente declaração da nulidade do negócio e a restituição das partes ao estado anterior e a condenação ao pagamento de indenização por danos morais<sup>229</sup>; a existência de ações que versam sobre sociedades em conta de participação para disfarçar contrato de consumo com a promessa de aquisição de linha telefônica<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004016-85.2018.8.26.0248. 33ª Câmara de Direito Privado, Foro de Indaiatuba: 1ª Vara Cível. Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci, 11 de julho de 2022.

<sup>229</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0083584-53.2009.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado, Foro de Tatuí: 1ª Vara Cível. Relator: Edgard Rosa, 07 de dezembro de 2011; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão N/A. 33ª Câmara de Direito Privado; N/A - N/A. Relator: Sá Moreira de Oliveira, 10 de agosto de 2009, Registro: 02/09/2009.

<sup>230</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9235082-82.2005.8.26.0000. 33ª Câmara do D.SÉTIMO Grupo (Ext. 2º TAC); Foro de Dracena - 1ª V.CÍVEL Relator: Sá Duarte, 14 de fevereiro de 2007; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9094037-90.2005.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 8ª V.CÍVEL Relator: Ferraz Felisardo, 08 de julho de 2009.

## 8. CONCLUSÃO

De forma bastante objetiva, o estudo realizado levou à duas conclusões principais. Primeiro, as sociedades em conta de participação não podem ser utilizadas tendo como conteúdo contratos de consumo. Segundo, nas situações em que sociedades em conta de participação mascaram contratos de consumo, a solução adequada para os litígios pressupõe a aplicação dos princípios e das regras que integram o regime consumerista.

As conclusões apresentadas não decorrem de preferência ou opção pelo regime consumerista, mas são consequência da busca pela correta alocação dos institutos jurídicos, assim como pela identificação da função e dos limites de cada regime jurídico. Em qualquer ramo do direito, o contrato será essencialmente compreendido como um negócio jurídico bilateral, caracterizado por um o acordo de vontades com o objetivo de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. E de forma geral os contratos estão disciplinados no Código Civil. Mas uma mesma espécie de contrato poderá empresarial, civil ou consumerista, de acordo com as características da relação jurídica em concreto. Assim, uma compra e venda será mercantil, quando um empresário vender bens para outro empresário; será civil, quando ao menos um dos agentes não for empresário e não for consumidor; e será de consumo, quando um fornecedor alienar o bem para um consumidor, que o adquirir como destinatário final. E a identificação correta dos elementos da relação permitirá o influxo dos princípios e das regras que compõe o respectivo regime jurídico, com sensíveis diferenças. Por exemplo, a autonomia privada, no sentido da vontade como fonte criadora de normas concretas, terá intensidade decrescente nos contratos empresariais, civis e consumeristas. O mesmo pode ser afirmado em relação ao equilíbrio real entre os agentes.

Como consequência da ideia apresentada, uma vez que a relação jurídica verdadeiramente caracterize um contrato de consumo, a solução adequada para os litígios apenas poderá ser aquela construída pela aplicação dos princípios e das regras que integram o regime consumerista.

Logo, o trabalho demonstrou que o ponto de partida para a definição da forma adequada de aplicação do direito é a identificação, no caso concreto, se a relação entre as partes deve ser considerada de consumo. A partir disso, podem ser evitados erros e injustiças decorrentes da aplicação inadequada do regime empresarial às relações de consumo, assim como decorrentes da aplicação inadequada do regime consumerista às relações empresariais.

E diante de uma sociedade em conta de participação, caso seja identificado que a relação obrigacional tem natureza de consumerista, o conteúdo deverá prevalecer sobre a forma, de

modo que a estrutura societária deverá ser desconsiderada. Nesse sentido, partindo da essência de cada um dos institutos, o trabalho também demonstrou que a sociedade em conta de participação é incompatível com os contratos de consumo, sendo que nem mesmo a incidência transversal do Código de Defesa do Consumidor será suficiente para proporcionar a compatibilização.

Em tal caso, a opção pela estrutura societária terá como justificativa a tentativa de evitar a incidência do sistema mais rigoroso, composto por princípios e normas de ordem pública e interesse social. Para evitar tal incidência, o fornecedor desatento ou malicioso terá procurado dar ênfase à forma, visando a incidência do regime empresarial, marcado pela igualdade entre os agentes e pela disponibilidade dos interesses.

Nessa situação o trabalho demonstrou ser inevitável o reconhecimento da nulidade do contrato de constituição da sociedade em conta de participação, em razão do objetivo de fraudar a lei imperativa (art. 166, VI do CC) ou em razão da simulação (art. 167 do CC). Mas, uma vez reconhecida a invalidade do negócio jurídico, a determinação do retorno das partes ao estado anterior (art. 182 do CC) será insuficiente para a tutela adequada dos direitos do consumidor. Trata-se de solução puramente civilista que não pode ser aplicada para resolver litígios consumeristas, ao menos sem que haja apoio no Código de Defesa do Consumidor.

Neste ponto, é importante destacar que o regime consumerista é estruturado sobre a premissa da vulnerabilidade do consumidor, sendo que o seu tratamento protetivo é meio de reequilibrar a relação naturalmente desigual. Assim, o Código de Defesa do Consumidor impõe importantes obrigações ao fornecedor, destacando-se a boa-fé objetiva, o dever de informação e transparência, além da confiança na confiança na contraparte. E considerando tais ideias, diante de uma sociedade em conta de participação que oculta contrato de consumo, encontrar uma solução que desconsidera o Código de Defesa do Consumidor representa uma resposta contrária ao próprio regime consumerista. Seria uma solução alcançada exclusivamente com o uso de um sistema paritário, que pressupõe a igualdade entre os agentes, os quais supostamente têm o mesmo acesso às informações e a mesma capacidade defesa dos seus direitos. Logo, a aplicação exclusiva Código Civil representa a negativa de vigência do Código de Defesa do Consumidor e da própria Constituição Federal.

Então, considerando os interesses públicos e sociais envolvidos, o trabalho propõe que, por aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos e da boa-fé objetiva, haja a continuidade da atividade interpretativa, com a superação da invalidade, de forma que o negócio jurídico nulo possa produzir efeitos de acordo com as justas expectativas das partes. Tal operação interpretativa ocorrerá por meio da conversão substancial do negócio jurídico,

permitindo que o mesmo substrato fático que justificou o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico seja novamente analisado e receba uma qualificação jurídica diversa, agora como contrato de consumo. Portanto, haverá a superação da forma do negócio jurídico nulo (contrato de constituição da sociedade em conta de participação), para que, a partir do seu verdadeiro conteúdo (contrato de consumo), seja possível a readequação quantitativa.

E os requisitos para a superação da invalidade do negócio jurídico, em especial para a conversão substancial, deverão ser abrandados em razão da incidência transversal do regime consumerista, em razão da compreensão das justas expectativas geradas pelo fornecedor, assim como como forma de concretizar o princípio da vulnerabilidade e da boa-fé objetiva.

Com isso, restará o contrato de consumo. E diante dele o conflito poderá ser adequadamente resolvido no caso concreto, por aplicação dos princípios e das regras do Código de Defesa do Consumidor. E o resultado prático eventualmente até pode vir a ser aquele que teria ocorrido com a aplicação do Código Civil (restituição das partes ao estado anterior), mas, repita-se, a tutela adequada das relações de consumo não pode ser alcançada desconsiderando o regime consumerista, sob pena de se negar vigência ao Código de Defesa do Consumidor e à própria Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AFFONSO, Ana Carolina. Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. 2014. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Responsabilidades das sociedades, sócios e administradores**: sociedade em comum, sociedade em conta da participação, sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples. Belo Horizonte: Ed. Dialética, 2021.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 7, p. 343 – 375, abr – jun, 2016.

ANDRADE, Manuel a. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDRADE, Fábio Martins. Da sociedade em conta da participação. **Revista de Direito Privado**. Vol. 33, p. 39-56, 2008

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Fortes. Comentários do art. 887 a 926, 966 a 1195. *In*: PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado**, 9ª ed. Barueri: Manole, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na constituição federal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Vol. 10, p.190-204, 1995.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do Negócio Jurídico Nulo**. 1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ação de exigir contas e as sociedades limitadas. *In*: YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Processo Societário**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2021. v. IV.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor**: Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: RT, 2002.

BENJAMIN, Antônio. Herman V. Práticas Abusivas. *In*: BENJAMIN, Antônio. Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 3ª ed, São Paulo: Revista Tribunais, 2022.

BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual *In*: BENJAMIN, Antônio. Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 3ª ed, São Paulo: Revista Tribunais, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 abril 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF: Presidência da República [1964]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm) . Acesso em: 3 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1973]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm) . Acesso em: 3 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1990]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 3 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6385.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm). Acesso em: 10 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.181, de 3 de novembro de 2015**. Abre crédito extraordinário, em favor do Ministério da Educação, de Encargos Financeiros da União e de Operações Oficiais de Crédito, no valor de R\$ 9.820.639.868,00, para os fins que especifica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/L13181.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/L13181.htm). Acesso em 10 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei No7.347, de 24 de Julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1985]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm) . Acesso em 10 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial n. 192.603/SP**. Duplicata. Emissão por Fornecedora de Mobiliário Contra o Proprietário de Unidade Autônoma De Edifício. Sociedade em Conta de Participação. Responsabilidade Perante Terceiros. Sócio Ostensivo. São Paulo. Relator: Min. Barros Monteiro. 15 de abril de 2004. Disponível em : <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22192603%22%29+ou+%28RESP+adj+%22192603%22%29.suce>. Acesso em: 10 jan. 2023.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.993.893/SP**. Recurso especial. Pool hoteleiro. Convenção condominial. Nulidade. art. 1.228, § 1º, cc/2002. Prequestionamento. Ausência. Contrato de administração imobiliária. Denúncia. Invalidez. Norma de natureza coletiva. Interesse dos condôminos. honorários advocatícios. valor da causa. base de cálculo. São Paulo. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 de agosto de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 10 abril 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 474.704/PR**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 17 de dezembro 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7499241/certidao-de-julgamento-13124664>. Acesso em: 10 abril 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Recurso extraordinário n° 87436**; Comercial. Sociedade em conta da participação. Acórdão que conclui pela inexistência da sociedade e face da prova. Recurso extraordinário inadmissível (Súmula 279). Relator: Min. Décio Miranda, julgado em 13 de março de 1981. DJ 03-04-1981 PP-02855.VOL-01206-02 PP-00449). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181383>. Acesso em: 20 de março de 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Recurso extraordinário n° 95.230**. Qualificação jurídica de contrato. Caracterização da Sociedade em conta da participação de natureza civil. Relator: Min. Moreira Alves, 24 de out. 1983. DJ 30-09-1983 PP-14965. VOL-01310-03 PP-00409 RTJ VOL-00108-02 PP-00651). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=188679>. Acesso em: 20 de março de 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Recurso extraordinário n° 38.052**. Recurso extraordinário; seu provimento. Locação de serviços e sociedade em conta da participação; diferença. Relator: Min. Nelson Hungria. 30 de jan. de 1958. DJ 22-05-1958 PP-06875, VOL-00340-04 PP-01394 RTJ VOL-00005-01 PP-00488. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=138209>. Acesso em: 20 de março de 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Agravo Interno n° 27.243**. Sociedade em conta da participação. Sociedade de fato. Firma em nome individual. Contrato não registrado não prova sociedade em conta da participação, apenas as relações contratuais dos próprios sócios. Inclusão do sócio oculto na falência. Apreciação de prova. Agravo desprovido. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira., 25 de junho de 1962. DJ 06-09-1962 PP-02484. VOL-00515-01 PP-00101. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=13232>. Acesso em: 20 de março de 2023.

\_\_\_\_\_. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM296 (Revogada)**. Dispõe sobre o registro de distribuição pública de contratos de investimento coletivo. Publicada no Diário oficial da União em 29 de dezembro 1998. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/inst296consolid.pdf>. Acesso em: 10 abril 2023.

BUNAZAR, Maurício **A invalidade de negócio jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 6ª ed. Barueri: Atlas, 2022.

CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (Org.). **Comentários à Lei do Mercado de Capitais: Lei No. 6.385/76**. 1ªEd.São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.71-75

COELHO, Fabio Ulha. **Curso de direito comercial**. 3ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, v. 1.

COSTA, Mauricio de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. **Revista IBRAC**, vol. 5, p.8-27, 1998.

DANTAS, Renata Marques Lima. Princípio da preservação da função social da empresa no contexto a lei de falências e recuperação de empresas. **Revista dos Tribunais Online**. V. 2/2013, p. 71 – 98, 2013.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DUARTE, Nestor. Comentários art.1º ao 232. *In*: PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado**, 9ª ed. Barueri: Manole, 2015.

DZIK, Andrea Bovino. A natureza sui generis do contrato de investimento coletivo hoteleiro e a competência da CVM sobre a matéria. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 84, p. 67 – 88, abr/jun, 2019.

FARIA, Marina Zava de. Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) como mecanismo de efetivação do princípio da livre-iniciativa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Vol. 79, p. 143-168, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sumula 343, Declaração de inconstitucionalidade e o princípio da livre concorrência. **Revista de Processo**, vol. 329, p. 249-269, 2022.

FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da Ordem econômica (Soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 25, p. 134-168, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos do consumidor. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; DENARI, Zelmo; WATANABE, Kazuo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto. (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2022. cap.1

FORGIONI, Paula. A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FORGIONI, Paula. A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais**. Editora Almeida. 2016.

GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista Tribunais, 2011. v. IV.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis; AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. **Tratado de direito empresarial: Empresa individual de responsabilidade limitada e sociedades de pessoas**. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado: parte geral arts. 1º a 232**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

MARQUES, Claudia Lima. Introdução. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 3ª ed, São Paulo: Revista Tribunais, 2022.

MARQUES, Claudia. Lima.; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 7ª ed., São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2021

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. O conceito de valor mobiliário. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 25, n. 2, p. 37–51, 1985.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MATOS, Carolina Manegheni Carvalho. **Da obrigatoriedade da inscrição da Sociedade em conta da participação no CNPJ**. São Paulo: Editoria Dialética, 2022.

MCNAUGHTON, Charles William. Fraude à lei no direito tributário. **Revista Tributária das Américas**. vol. 4, p. 87 – 99, jul /dez, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRAGEM, Bruno Rubens Barbosa. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista Tribunais, 2011. v. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1: parte geral.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol.3.

NERY JÚNIOR, Nelson. Dos direitos do consumidor. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; DENARI, Zelmo; WATANABE, Kazuo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto. (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2022. cap.4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis civis comentadas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 21ª Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson. Alienação do poder controle em sociedades limitadas como compra e venda mercantil, compra e venda entra ascendentes e descendentes. Nulidade e anuidade, negócios indiretos, simulação e fraude a lei [...]. **Revista de Direito Privado**. Vol. 37, p. 273-319, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PEREIRA, Régis Velasco Fichtner. Da regra jurídica sobre fraude à lei. *In*: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Org.) **Doutrinas Essenciais de Direito Civil** São Paulo: Revista dos Tribunais Online. 2010. v. 4, p. 867 - 876.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva**: processo coletivo e técnica de padronização das decisões. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo XLIX. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PUGLIESE, Roberto J. **Time sharing, flat service, apart hotel, shopping center, condomínios e loteamentos fechados**: expressões modernas do direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 6, n. 21, p. 11-13, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1

ROCHA JUNIOR, Arlindo Luiz; ARAUJO, Elaine Cristina de. **Sociedade em conta de participação: visão societária, contábil e tributária**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1 e 4.

ROSENVALD, Nelson. Comentário do art. 421 ao 652. *In*: PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado**, 9ª ed. Barueri: Manole, 2015.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1081023-44.2020.8.26.0100. Competência recursal. Ação de rescisão contratual. Contratos de constituição de sociedades em conta de participação[...]. 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem Relator: Ruy Coppola, 2 de março de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16517339&cdForo=0> .Acesso em 12 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9180228-46.2002.8.26.0000. Julgamento antecipado da lide Cerceamento de defesa Ação civil pública - Prolatora da sentença que tinha em mãos todos os elementos necessários para apreciar os argumentos desenvolvidos no processo [...]. 23ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 5ª Vara Cível. Relator: José Marcos Marrone, 14 de setembro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5397068&cdForo=0>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Feito não especificado 9043085-73.2006.8.26.0000. Agravo de instrumento - Ação civil pública - Empresa exploradora de empreendimentos imobiliários [...] Foro Central Cível: 36ª Vara Cível. Relator: Oldemar Azevedo, N/A, registro: 10/11/2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1058597&cdForo=0> Acesso em 20 de janeiro de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0068673-80.2002.8.26.0000. Ação Civil Publica. Liminar. Concessão para defesa de interesses de consumidores. Captação de poupança popular para aquisição de bens mascarada de sociedade em conta de participação[...]. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC), Foro Central Cível: 18ª Vara Cível. Relator: Paulo Roberto de Santana, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=947564&cdForo=0> Acesso em 20 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9181404-65.1999.8.26.0000. Agravo retido - Ausência tempestiva das razões do pedido de reforma da decisão agravada - Recurso não conhecido[...]. 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 22ª Vara Cível. Relator: Antônio Galvão Leite Cintra, N/A, Registro: 05/06/2000. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1552411&cdForo=0> Acesso em 20 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003189-48.2020.8.26.0428 Ação De Rescisão Contratual Cumulada Com Indenização Por Danos Materiais Sociedade Em Conta De Participação Ônus De Sucumbência - Custas Processuais E Honorários Advocatícios[...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Paulínia: 2ª Vara. Relator: Sérgio Shimura, 30 de junho de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16902536&cdForo=0>. Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001282-62.2020.8.26.0323. APELAÇÃO SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

INCIDÊNCIA DO CDC Hipótese em que se verifica situação de intuito de fraude na utilização da SCP [...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Lorena: 2ª Vara Cível. Relator: Ricardo Negrão, 21 de junho de 2023. Disponível em : <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16867086&cdForo=0>. Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1009346-80.2022.8.26.0100. Civil. Ação de rescisão contratual. Sociedade em conta de participação. Simulação com a finalidade de viabilizar a aquisição de unidade autônoma em edifício de apartamentos a ser construído[...]. 7ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 15ª Vara Cível. Relator: Ademir Modesto de Souza, 01 de junho de 2023. Disponível em : <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16816100&cdForo=0> Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1035650-21.2015.8.26.0114. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA À RÉ, PESSOA JURÍDICA REVOGAÇÃO[...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Campinas: 5ª Vara Cível. Relator: Sérgio Shimura, 01 de dezembro de 2022. Disponível em : <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16297351&cdForo=0> Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1050699-08.2019.8.26.0100. Apelação – Societário – Ação de rescisão de contratos de sociedade em conta de participação c.c. indenização [...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 9ª Vara Cível. Relator: Grava Brazil, 4 de outubro de 2022. Disponível em : <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16119761&cdForo=0> Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1014324-95.2019.8.26.0071. Ação de reconhecimento de sociedade de fato - cerceamento de defesa - inoportunidade princípio da comunhão das provas[...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Bauru: 4ª Vara Cível. Relator: Sérgio Shimura, 15 de agosto de 2022 Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15939243&cdForo=0>. Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1072594-88.2020.8.26.0100. Civil. Ação de rescisão contratual. Sociedade em conta de participação. Simulação com a finalidade de viabilizar a aquisição de terrenos em loteamento ainda não aprovado. Compradora que é empresa de investimento imobiliário e, portanto, não se socorre do cdc. Possibilidade de restituição das quantias vertidas, contudo, em face do descumprimento do objeto. Art. 167, cc[...]. 6ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 2ª Vara Cível. Relator: Ademir Modesto de Souza, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15289545&cdForo=0> Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002020-81.2018.8.26.0400. Rescisão contratual. Incorporação imobiliária operada através de contrato de sociedade em conta de participação. Incorporadora (sócia ostensiva) e adquirente (sócio participante) que se enquadram, respectivamente, nos conceitos de fornecedora e consumidor. [...]. 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Olímpia: 1ª Vara Cível. Relator: Rômulo Russo, 18

de agosto de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14938411&cdForo=0> Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1085971-63.2019.8.26.0100. Apelação. Ação de reparação de danos. Sentença de procedência. Inconformismo do autor. Conjunto probatório que indica a prática de simulação relativa de negócio jurídico[...]. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Azuma Nishi, 15 de setembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15015760&cdForo=0>. Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000808-47.2020.8.26.0079. IMÓVEL Compromisso de compra e venda Atraso na entrega da obra Rescisão contratual Restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador, integralmente, em caso de culpa exclusiva da promitente vendadora Fato imputável à ré Responsabilidade integral[...]. 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu: 1ª Vara Cível. Relatora: Mônica de Carvalho, 17 de agosto de 2021. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14927639&cdForo=0>. Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0007711-64.2011.8.26.0586. Ação de resolução contratual cumulada com perdas e danos. Compromisso de compra e venda de lotes em futuro loteamento, travestido de instrumento particular de contrato de sociedade em conta de participação. Demonstrada a simulação do negócio[...]. 10ª Câmara de Direito Privado, Foro de São Roque: 2ª Vara Cível. Relator: Coelho Mendes, 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13309457&cdForo=0> Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002450-49.2017.8.26.0309. Apelação cível. Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores e danos morais [...]. 8ª Câmara de Direito Privado, Foro de Jundiaí: 1ª Vara Cível. Relatora: Clara Maria Araújo Xavier, 27 de setembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12923987&cdForo=0>. Acesso em 20 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão 9072840-89.1999.8.26.0000. Extinção do processo. Ação civil pública. Interesse processual e causa de pedir. Existência. Sentença extintiva reformada para recebimento da inicial. Apelação provida [...]. 3ª Câmara (Extinto 1º TAC), Foro de Jaboicabal: 2ª Vara Cível. Relatora: Maia da Rocha, 15 de outubro de 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=197100&cdForo=0>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1006252-22.2020.8.26.0286. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. Assistência judiciária gratuita. Revelada a incapacidade dos recorrentes de arcar com as despesas processuais [...]. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Itu: 2ª Vara Cível. Relator: Azuma Nishi, 21 de setembro de 2022. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16069902&cdForo=0> Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1056582-96.2020.8.26.0100. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES[...]. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 14ª Vara Cível. Relator: Azuma Nishi, 17 de agosto de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15955522&cdForo=0>. Acesso em 30 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9064830-41.2008.8.26.0000. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA - Indeferimento - Empresa que promove a captação da poupança pública para aquisição de bens móveis ou imóveis, configurando exercício de atividade de administração de consórcio, em princípio submetida à regulamentação e à fiscalização estatal[...]. 10ª Câmara de Direito Privado, Foro de Sorocaba: 4ª. Vara Cível. Relator: João Carlos Saletti, 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3484965&cdForo=0> . Acesso em 20 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9141043-88.2008.8.26.0000. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R.SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA [...]. 16ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 21ª Vara Cível. Relator: Simões de Vergueiro, 28 de agosto de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6172816&cdForo=0>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1020237-90.2022.8.26.0576. Promessa de compra e venda de imóvel. Ação de rescisão contratual c.c. revisão de cláusula e restituição de quantia paga[...]. 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível. Relator: Alfredo Attié, 27 de abril de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16699108&cdForo=0>. Acesso em 25 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001492-35.2021.8.26.0079. RECURSO DE APELAÇÃO. (i) Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores e indenização por lucros cessantes. (ii) Promessa de compra e venda de unidade em empreendimento hoteleiro (apart-hotel) [...]. 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu: 1ª Vara Cível. Relatora: Issa Ahmed, 17 de abril de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16667153&cdForo=0> . Acesso em 25 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1026793-81.2022.8.26.0100. Apelação gestão de negócios ação de rescisão contratual, c.c repetição - aplicabilidade do código de defesa do consumidor ao contrato celebrado entre as partes[...]. 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 32ª Vara Cível. Relator: Antonio Nascimento, 13 de março de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16547749&cdForo=0> Acesso em 25 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004016-85.2018.8.26.0248. Apelação. Ação declaratória de rescisão contratual cumulada com pedido de indenização. Contratos de compromisso de compra e venda e constituição de sociedade em conta de participação. Pool Hoteleiro.33ª Câmara de Direito Privado, Foro de Indaiatuba:1ª Vara Cível. Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci, 11 de julho de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15848002&cdForo=0>. Acesso em 25 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9094037-90.2005.8.26.0000. Bem móvel - rescisão contratual - constituição de sociedade em conta de participação - formação requisitos legais[...]. 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 8ª V.CÍVEL Relator: Ferraz Felisardo, 08 de julho de 2009.Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3974827&cdForo=0>

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1011110-72.2020.8.26.0003. Apelação. Ação de rescisão contratual c/c reparação de danos materiais e indenização por danos morais. Contratos de sociedades em conta de participação. 31ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Des. Rosangela Telles, 7 de março de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15458676&cdForo=0>. Acesso em 25 de junho de 2023.

ao=3974827&cdForo=0 . Acesso em 27 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0083584-53.2009.8.26.0000. Sociedade em conta de participação contrato firmado com o objetivo de aquisição de bem móvel ação de rescisão contratual. 30ª Câmara de Direito Privado, Foro de Tatuí: 1ª Vara Cível. Relator: Edgard Rosa, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5592395&cdForo=0>. Acesso em 25 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão N/A. BEM MÓVEL - Indenização - Contrato Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação firmado com o objetivo de aquisição de veículo rescindido [...] 33ª Câmara de Direito Privado; N/A - N/A. Relator: Sá Moreira de Oliveira, 10 de agosto de 2009, Registro: 02/09/2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4018078&cdForo=0>. Acesso em 20 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9235082-82.2005.8.26.0000. TELEFONE - Contrato de sociedade em conta de participação - Pagamento de 44, das 48 parcelas ajustadas para constituição do capital necessário à aquisição da linha[...]. 33ª Câmara do D.SÉTIMO Grupo (Ext. 2º TAC); Foro de Dracena: 1ª V.CÍVEL Relator: Sá Duarte, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14618&cdForo=0> .Acesso em 20 de junho de 2023

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2053861-95.2022.8.26.0000. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Declaratória de Rescisão Contratual c.c. Restituição de Valores. Intermediação para realização de investimentos no mercado financeiro. Contrato de Sociedade em Conta de Participação firmado entre as partes, que estabelece a competência do Juízo da Comarca de Brasília, no Distrito Federal, para dirimir

questões decorrentes do ajuste. [...]. 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível. Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot, 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15808691&cdForo=0> . Acesso em 25 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1010521-18.2019.8.26.0132. Apelação Cível. Ação de rescisão contratual c/c restituição de valores e indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência[...]. 26ª Câmara de Direito Privado, Foro de Catanduva: 1ª Vara Cível. Relatora: Maria de Lourdes Lopez Gil, 24 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16489791&cdForo=0> . Acesso em 12 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002112-28.2020.8.26.0323. Gestão de negócios. Sociedade em conta de participação. Ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos materiais[...]. 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Lorena: 1ª Vara Cível. Relator: Antonio Rigolin, 12 de junho de 2023. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16832310&cdForo=0> . Acesso em: 25 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resolução Nº 623/2013, de 16 de outubro de 2013.** Dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça, fixa a competência de suas Seções e dá outras providências. São Paulo: Órgão especial do Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Resolucoes/Resolucao623.2013-Competenciac%C3%A2marasTJSP.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0412460-97.1997.8.26.0053. Remessa Necessária, Apelação E Recurso Adesivo Ação Ordinária Iss Município de São Paulo 1) Sentença extra petita Não ocorrência Decisão proferida em observância aos limites objetivados pelas partes [...]. 2ª Vara de Fazenda Pública, 15ª Câmara de Direito Público, Foro Central. Relator: Rodrigues de Aguiar, 6 de setembro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11816399&cdForo=0> . Acesso em: 2 de Fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível/ Remessa Necessária nº 1002553-51.2019.8.26.0191. - Mandado de Segurança Impetrante que pretende não se ver compelida a recolher e/ou comprovar o recolhimento da contribuição social, desde o início do contrato firmado com a Administração Pública. 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Ferraz de Vasconcelos: 1ª Vara. Relatora: Silvia Meirelles, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13581513&cdForo=0>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 9000003-14.2001.8.26.0405. Estelionato. Materialidade e autoria evidenciadas. Dolo manifesto[...]. 5ª Câmara de Direito Criminal, Foro de Osasco: 3ª. Vara Criminal. Relator: Pinheiro Franco, 24 de maio de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5920476&cdForo=0> . Acesso em: 2 de Fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0033901-67.2004.8.26.0050. Estelionatos. Continuidade delitiva. Conduta de obter vantagem ilícita induzindo em erro, mediante meio fraudulento, pessoas que pretendiam comprar imóvel ingressando em "plano de habitação" [...]. 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda: 12ª Vara Criminal. Relator: Otávio de Almeida Toledo, 5 de outubro de 2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4750501&cdForo=0>. Acesso em: 2 de Fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0055437-80.2010.8.26.0000. ESTELIONATO. Contrato de adesão à sociedade em conta de participação, que se caracteriza em consórcio, sem autorização do Banco Central para agir como instituição financeira [...]. 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda. 26ª Vara Criminal. Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 8 de maio de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5885142&cdForo=0> . Acesso em: 2 de Fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0029813-15.2002.8.26.0451. Estelionato. Absolvição. Recurso do Ministério Público buscando a condenação [...]. 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piracicaba: 3ª. Vara Criminal. Relator: Pinheiro Franco, 1 de outubro de 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4130932&cdForo=0>. Acesso em: 2 de Fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0412460-97.1997.8.26.0053. Remessa Necessária, Apelação E Recurso Adesivo Ação Ordinária Iss Município de São Paulo [...]. 2ª Vara de Fazenda Pública, 15ª Câmara de Direito Público, Foro Central. Relator: Rodrigues de Aguiar, 6 de setembro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11816399&cdForo=0>. Acesso em 20 de abril de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0028167-61.2022.8.26.0000. Conflito Negativo De Competência. Ação De Rescisão Contratual. Demanda ajuizada por sócio investidor visando à rescisão de contrato de constituição de sociedade em conta de participação, cujo aporte financeiro seria utilizado pela sócia ostensiva para montagem de unidade de franquia. Câmara Especial; Foro Regional III/Jabaquara: 1ª Vara Cível. Relatora: Daniela Cilento Morsello, 31 de outubro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16200216&cdForo=0>. Acesso em: 5 de março de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0006945-03.2023.8.26.0000. Conflito Negativo De Competência Apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente em parte ação de rescisão de contrato c.c. restituição de valores (atraso na entrega de imóvel com destinação exclusiva de hotelaria, objeto de compromisso de compra e venda firmado pelas partes) [...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Botucatu: 3ª. Vara Cível. Relator: Correia Lima, 19 de junho de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16853595&cdForo=0> . Acesso em: 5 de julho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0033817-89.2022.8.26.0000. Conflito De Negativo Competência Agravo de Instrumento Ação

de anulação de contrato de sociedade em conta de participação c.c. restituição de valores e indenização [...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Catanduva: 3ª Vara Cível. Relator: Spencer Almeida Ferreira, 11 de maio de 2023 Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16737756&cdForo=0>. Acesso em 12 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência nº 0032973-42.2022.8.26.0000. Conflito de competência - ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores - investimento em mercado de criptoativos [...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Catanduva: 1ª Vara Cível. Relator: Coutinho de Arruda, 14 de março de 2023; Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16552572&cdForo=0>. Acesso em: 5 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2147612-05.2023.8.26.0000. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente pretensão de declaração de validade da cláusula de mandato inserida no contrato da sociedade em conta de participação constituída por parte dos condôminos a fim de permitir que os integrantes do conselho de administração de referida sociedade possam representar[...]. 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 33ª Vara Cível. Relator: Andrade Neto, 29 de junho de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16899512&cdForo=0>. Acesso em: 30 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0027569-10.2022.8.26.0000. Conflito Negativo De Competência. Ação de rescisão contratual. Sociedade em conta de participação. Investimento. Mercado de criptoativos. Vara Cível e Vara Empresarial. Câmara Especial; Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relatora: Silvia Sterman, 24 de outubro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16174766&cdForo=0>. Acesso em: 5 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0033493-02.2022.8.26.0000. Ação de rescisão contratual e restituição de valores cumulada com indenização por danos morais [...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Santo André: 3ª. Vara Cível. Relator: Luiz Antônio de Godoy, 23 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16391706&cdForo=0>. Acesso em: 5 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação de rescisão contratual com pedidos de restituição de valores e de indenização por danos materiais e morais fundada em contrato de constituição de sociedade em conta de participação [...]. Conflito de competência cível nº 0034081-09.2022.8.26.0000. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Andrade Neto, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16346864&cdForo=0> Acesso em: 5 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0031493-29.2022.8.26.0000. Ação de rescisão contratual c/c restituição de quantias pagas com pedido de tutela de urgência [...]. Câmara Especial, Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Decano Xavier de Aquino, 20 de janeiro de 2023. Disponível

em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16388580&cdForo=0> Acesso em: 5 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0053579-04.2016.8.26.0000. Conflito de competência recurso de agravo de instrumento extraído dos autos de ação civil pública que visa o reconhecimento do caráter fraudulento dos contratos de sociedade em conta de participação firmados entre consumidores e os réus, com a consequente declaração de nulidade desses constratos [...]. Grupo especial da seção do direito privado, foro de Guarulhos: 4ª. Vara cível. Relator: Paulo Ayrosa, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10058674&cdForo=0>. Acesso em 22 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0018823-56.2022.8.26.0000. Conflito De Competência Ação De Rescisão Contratual Com Pedidos De Restituição De Valores E De Indenização Por Danos Materiais E Morais Fundada Em Instrumento Particular De Contrato De Constituição De Sociedade Em Conta De Participação[...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Santo André: 6ª. Vara Cível. Relator: Andrade Neto, 24 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16398088&cdForo=0>. Acesso em 12 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0121137-76.2005.8.26.0000. COISA JULGADA - Liminar indeferida na demanda principal - Cautelar incidental proposta, posteriormente à apelação - Liminar parcialmente concedida [...]. 5ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 17ª. Vara Cível. Relator: J.L. Mônaco da Silva, 5 de setembro de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6174799&cdForo=0>. Acesso em 25 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0027304-33.2007.8.26.0000. Ação Civil Pública Sociedade em conta de participação - Aquisição de imóvel Ilicitude do objeto, eis que desprovida de autorização das autoridades competente [...]. 7ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 18ª. Vara Cível. Relator: Ramon Mateo Júnior, 31 de julho de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6901990&cdForo=0>. Acesso em 12 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0033901-67.2004.8.26.0050. Estelionatos. Continuidade delitativa. Conduta de obter vantagem ilícita induzindo em erro, mediante meio fraudulento, pessoas que pretendiam comprar imóvel ingressando em "plano de habitação". Celebração de "contrato de sociedade em conta de participação" [...]. 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda: 12ª Vara Criminal. Relator: Otávio de Almeida Toledo, 5 de outubro de 2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4750501&cdForo=0>. Acesso em 20 de abril de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2190704-38.2020.8.26.0000. Agravo De Instrumento. Decisão Que Julgou procedente A Primeira Fase Da Ação De Prestação De Contas [...]. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Alexandre Lazzarini, 19 de abril de 2022. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15590067&cdForo=0>. Acesso em 20 de abril de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível/ Remessa Necessária nº 1002553-51.2019.8.26.0191. APELAÇÃO REMESSA NECESSÁRIA - Mandado de Segurança Impetrante que pretende não se ver compelida a recolher e/ou comprovar o recolhimento da contribuição social, desde o início do contrato firmado com a Administração Pública[...]. 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Ferraz de Vasconcelos: 1ª Vara. Relatora: Silvia Meirelles, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13581513&cdForo=0> . Acesso em 20 de abril de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2148259-97.2023.8.26.0000. Agravo De Instrumento. Ação De Rescisão contratual C/C Restituição De Valores. Sociedade Em Conta De Participação. Relação jurídica Relacionada À Gestão De Investimentos E Não Societária, Não Obstante Tenha a “Roupage” De Sociedade Em Conta De ParticipaçãoO[...].1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Lorena: 2ª Vara Cível. Relator: Alexandre Lazzarini, 28 de junho de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16892461&cdForo=0>. Acesso em 30 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1001552-86.2020.8.26.0323. Sociedade em conta de participação. Autor sócio participante. Empreendimento envolvendo a sociedade não tivera êxito, haja vista a pandemia da Covid -19, pois se tratava de um bar [...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro de Lorena: 1ª Vara Cível. Relator: Natan Zelinski de Arruda, 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16858148&cdForo=0>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0004967-26.2004.8.26.0236. Ação de conhecimento constitutiva negativa cumulada com devolução de valores - Alegação de cerceamento de defesa afastada - Sociedade em conta de participação [...]. 14ª Câmara de Direito Privado, Foro de Ibitinga: 2ª. Vara Judicial, Relatora: Marcia Dalla Déa Barone, 07 de julho de 2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7679693&cdForo=0> Acesso em: 18 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0208816-13.2002.8.26.0100. Ação civil pública Empresa que exercia atividade ilegal de concessão de crédito sem autorização dos órgãos competentes (Alter Assessoria ao Mercado de Capitais S/C Ltda.) 10ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 1ª Vara Cível. Relatora: Marcia Dalla Déa Barone, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7154074&cdForo=0>. Acesso em 6 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rescisão Contratual Sociedade Em Conta De Participação Fundo Social cujo objetivo é a compra, construção ou reforma de bem imóvel [...]. Apelação Cível nº 9110696-77.2005.8.26.0000. 18ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 3ª Vara Cível. Relator: Rubens Cury, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5677232&cdForo=0> Acesso em: 18 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9095528-64.2007.8.26.0000. Contrato de constituição de sociedade em conta de participação. Contratação visando a aquisição de imóvel, mediante a utilização de fundo social constituído por depósitos mensais. Prática considerada ilegal pelo Banco Central [...]. 14ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 1ª VC F Reg Tatuapé. Relator: Thiago de Siqueira, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5511481&cdForo=0>. Acesso em: 18 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9186514-35.2005.8.26.0000. Ação de rescisão contratual cumulada com devolução de parcelas pagas. Contrato de sociedade em conta de participação. Crédito habitacional. [...]. 12ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 32ª Vara Cível. Relatora: Sandra Galhardo Esteves, 15 de junho de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5205572&cdForo=0>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9186514-35.2005.8.26.0000. Ação de rescisão contratual cumulada com devolução de parcelas pagas. Contrato de sociedade em conta de participação. Crédito habitacional. Fundo social. Sistema de consórcio irregular. Desistência. Negócio de natureza financeira. Aplicação do CDC. Contrato nulo. Restituição das parcelas pagas. Sentença mantida. 12ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 32ª Vara Cível. Relatora: Sandra Galhardo Esteves, 15 de junho de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5205572&cdForo=0>. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0003353-95.2003.8.26.0405. Consórcio. 1. Negócio jurídico complexo celebrado com empresa interposta à Administradora de consórcio, envolvendo, também, contrato de “sociedade em conta de participação”, tendo o consumidor por “sócio oculto”. Interpretação que deve se prender mais à intenção das partes em celebrar contrato típico de consórcio e não ao sentido literal[...]. 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco: 2ª. Vara Cível. Relator: Gilberto dos Santos, 02 de junho de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5174913&cdForo=0>. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0003353-95.2003.8.26.0405. Consórcio. 1. Negócio jurídico complexo celebrado com empresa interposta à Administradora de consórcio, envolvendo, também, contrato de “sociedade em conta de participação”, tendo o consumidor por “sócio oculto”. [...] 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco: 2ª. Vara Cível. Relator: Gilberto dos Santos, 02 de junho de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5174913&cdForo=0>. Acesso em: 18 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9055365-76.2006.8.26.0000. Veículo Automotor - Restituição de parcelas pagas - Reconhecida a legitimidade dos apelantes para ocuparem o pólo passivo da lide, em razão de serem sócios fundadores da empresa [...]. 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tietê: VD Cerquillo. Relator: Itamar Gaino, 31 de outubro de 2007. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2382264&cdForo=0>. Acesso em 12 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2147612-05.2023.8.26.0000. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente pretensão de declaração de validade da cláusula de mandato inserida no contrato da sociedade em conta de participação constituída por parte dos condôminos a fim de permitir que os integrantes do conselho de administração de referida sociedade possam representá [...]. 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível: 33ª Vara Cível. Relator: Andrade Neto, 29 de junho de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16899512&cdForo=0> . Acesso em 30 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1002770-61.2022.8.26.0168. Aplicação financeira contrato de sociedade em conta e participação cdc inaplicabilidade cláusula compromissória juízo arbitral indeferimento da inicial mantido. 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Dracena: 3ª Vara. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti; 18 de maio de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16758247&cdForo=0> . Acesso em 12 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1025877-57.2016.8.26.0100. Apelação. Sistema pool. Alteração do sócio ostensivo. Ingresso de novos condôminos. 30ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 38ª Vara Cível. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti, 22 de março de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10279828&cdForo=0> . Acesso em 12 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1069571-71.2019.8.26.0100. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES c/c PERDAS E DANOS. Contrato de prestação de serviços de consultoria financeira[...]. 15ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível: 24ª Vara Cível. Relator: Ramon Mateo Júnior, 11 de agosto de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13857274&cdForo=0>. Acesso em 21 de agosto de 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000485-76.2019.8.26.0079. Ação de rescisão contratual c.c inexigibilidade de débito e indenização por danos morais e materiais - compromisso de compra e venda de imóvel[...]. 11ª Câmara de Direito Privado, Foro de Botucatu: 3ª Vara Cível. Relator: Renato Rangel Desinano, 19 de outubro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14068994&cdForo=0>. Acesso em 5 de janeiro de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003651-16.2019.8.26.0565. Rescisão contratual c.c. devolução de valores. Pretensão de desfazimento de negócio jurídico complexo, que envolve a compra e venda de unidade hoteleira e a formação de sociedade em conta de participação, cuja finalidade é a formação de um “pool” para a exploração da atividade de hospedagem. Cerceamento de defesa [...]. 12ª Câmara de Direito Privado, Foro de São Caetano do Sul: 3ª Vara Cível. Relator: Tasso Duarte de Melo, 25 de maio de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15699312&cdForo=0>. Acesso em 15 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004453-08.2021.8.26.0318. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Preliminar de

cerceamento de defesa afastada. Desnecessidade de produção de prova oral [...]. 1ª Câmara de Direito Privado, Foro de Leme: 1ª Vara Cível. Relator: Régis Rodrigues Bonvicino, 27 de julho de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15889211&cdForo=0>. Acesso em 12 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0002820-89.2023.8.26.0000. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Tutela Cautelar Requerida em Caráter Antecedente. Intermediação para realização de investimentos no mercado financeiro formalizada mediante Contrato de Sociedade em Conta de Participação[...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro Regional II/Santo Amaro: 5ª Vara Cível. Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot, 30 de maio de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16800921&cdForo=0>. Acesso em 15 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0033817-89.2022.8.26.0000. CONFLITO DE NEGATIVO COMPETÊNCIA Agravo de Instrumento Ação de anulação de contrato de sociedade em conta de participação c.c. restituição de valores e indenização[...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro de Catanduva: 3ª Vara Cível. Relator: Spencer Almeida Ferreira, 11 de maio de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16737756&cdForo=0> Acesso em 16 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conflito de competência cível nº 0008724-90.2023.8.26.0000. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Ação de rescisão contratual e devolução de valores pagos - Contrato de constituição de sociedade em conta de participação[...]. Grupo Especial da Seção do Direito Privado, Foro Central Cível: 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Elcio Trujillo, 12 de abril de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16647543&cdForo=0>. Acesso em 16 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0004023-24.2002.8.26.0000. MEDIDA CA UTELAR - Busca e apreensão - Sociedade em conta de participação em que o sócio ostensivo financia a aquisição de veículos à sócia oculta, concessionária de venda de veículos automotor [...]. 9ª Câmara (Extinto 1º TAC), Foro de São Caetano do Sul: 4ª. Vara Cível. Relator: João Carlos Garcia, 25 de junho de 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=780371&cdForo=0>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão nº 9185565-79.2003.8.26.0000. - Julgamento "extra petita" - Alegação de que a decisão se deu em lermos diversos do que foi pleiteado na inicial - Descabimento - Hipótese em que o juiz acolheu pedido expresso da parte de ver anulada cláusula contratual, apenas adotando fundamento [...]. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC); Foro de Campinas: 1ª. Vara Cível. Relator (a): Melo Colombi, 11 de setembro de 2003. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=583660&cdForo=0> Acesso em: 18 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000755-83.2020.8.26.0526. Promessa de venda e compra. Unidade em construção. Alegação de atraso na conclusão da obra. Pedido de rescisão do contrato e devolução dos valores pagos. Julgamento

de procedência[...]. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Kioitsi Chicuta, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16485964&cdForo=0>. Acesso em: 12 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2239815-20.2022.8.26.0000. Ação de rescisão contratual com pedido de restituição de valores e indenização por danos morais [...]. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível: 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Relator: Jorge Tosta, 19 de junho de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16857513&cdForo=>. Acesso em : 30 de junho de 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1088687-63.2019.8.26.0100. Ação declaratória de nulidade contratual cumulada com indenizatória por danos materiais e morais 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível: 9ª Vara Cível. Relator: Maurício Pessoa, 02 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16423420&cdForo=0> Acesso em 02 de maio de 2023.

SCALZULLI, João Pedro, SPINELLI, Luiz Felipe. **Sociedade em Conta de Participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento contraditório**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

SHIMURA, Sérgio. Possibilidade de decreto de falência para distribuidora de títulos mobiliários: Caso Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A. **Revista de Processo**, v. 139, pp. 257/263, 2006.

SPINELLI, Luís Felipe; SCALZILLI, João Pedro; CORRADINI, Luiz Eduardo Malta; TELLECHEA, Rodrigo. **Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta de participação**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 16. v.61, julho/setembro, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021

VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

WAISBERG, Ivo. Comentários art. 966 a 996. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.) **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WALD, Arnaldo. Atualidades da sociedade em conta de participação son nova estrutura. **Revista de Direito Empresarial**. Vol.13, p. 71-78, 2016.

WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; DENARI, Zelmo; WATANABE, Kazuo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto. (Org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2022. cap.1.