

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E SUAS PARTICULARIDADES

THE SPECIAL PARTNERSHIP AND ITS PARTICULARITIES

Caroline Da Rosa Pinheiro
Matheus Sousa Ramalho

Resumo

O presente trabalho pretende avaliar, por meio do método analítico e de pesquisa de cunho bibliográfica e documental, como o regime legal adotado pelo Código Civil brasileiro para as Sociedades em Conta de Participação (SCP) encontra-se em consonância com a própria natureza do instituto, dada a necessidade de aplicação subsidiária das regras das sociedades simples para os casos omissos. Os primeiros itens do trabalho se dedicam à apresentação do tipo societário e ao desenvolvimento de seu histórico. A partir do item seis, o estudo analisa os aspectos que parecem contribuir para que a SCP seja considerada um mecanismo atrativo para os investidores.

Palavras-chave: Direito societário, Direito civil, Sociedade em conta de participação

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to analyze, by using the analytic method combined with bibliographical and documental research, the legal regime of the Special Partnership (known in Portuguese as SCP) regulated on the Brazilian Civil Code. Considering its features, the present study will verify if the Brazilian Special Partnership legal regulation is in accordance with its legal nature, once it is applied to the Special Partnership, subsidiarily, the rules of the Simple Partnership when its own provisions cannot find the proper solutions. The first items of work are dedicated to the presentation of the corporate form and the development of its history. From the item six, the study analyzes the aspects that appear to contribute to the SCP an attractive mechanism to be considered for investors.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corporate law, Civil law, Special partnership

INTRODUÇÃO

O tempo, como um dos o maiores fatores de transformação, juntamente com os diversos fenômenos políticos e econômicos, também foi responsável pela transformação e aperfeiçoamento das formas de negociar. Os Estados demonstram uma interdependência para consecução de seus objetivos, na medida em que o crescimento e expansionismo de alguns poucos são garantidos pelo fornecimento de insumos e mão de obra de outros. A realidade é que em tempos de globalização, parece difícil estabelecer os limites e as áreas de atuação de cada país.

Este ambiente se apresenta de forma propícia para a concorrência em um nível/escala global, nesse contexto, as sociedades empresariais buscam novos e diferentes arranjos para desenvolverem seus negócios, optando, obviamente por formas mais simplificadas e eficientes de captação de recursos.

Neste contexto de disputa por mecanismos mais interessantes de investimentos no ambiente negocial, situa-se o escopo do presente trabalho, tendo em vista que nele abordar-se-á uma espécie de estrutura corporativa, fator de inegável relevância para a tomada de decisão de um investidor/empresário.

É sabido que a estrutura de governança, a forma de distribuição de lucros, o mecanismo de limitação da responsabilidade, o anonimato dos sócios, o regime de tributação, dentre outros aspectos são alguns dos fatores levados em consideração por aquele que pretende empreender seus recursos em um determinado negócio.

Neste sentido, considerando a importância que o tipo societário adotado possui para a para a tomada de decisões dos investidores, é de suma relevância que se conheça todos os aspectos decorrentes desta adoção, de forma a minimizar os riscos dos investidores e ampliar as possibilidades no ambiente negocial.

Não por outra razão, verifica-se a ocorrência de mudanças nos regramentos societários no sentido de implementar regras mais simplificadas de funcionamento, como governança corporativa, distribuição de dividendo e captação de recursos e tributação, sendo um importante exemplo deste fenômeno, o aperfeiçoamento de diversos tipos societários, sendo objeto do estudo ora apresentado, a Sociedade em Conta de Participação (“SCP”).

O presente trabalho se dedica, portanto, ao estudo desta figura societária que – embora utilizada no ambiente dos negócios – ainda é pouco discutida no meio acadêmico.

Por meio do método analítico e de pesquisa de cunho bibliográfica e documental, serão abordadas a origem e a evolução deste instituto, bem como o desenvolvimento histórico até sua adoção pelo Código Civil brasileiro em 2002. Além da apresentação dos principais sujeitos deste tipo societário (o sócio ostensivo e o sócio participante), estes aspectos, constituem o conteúdo dos primeiros pontos (itens um a cinco) do presente artigo.

A partir do item seis até o final, o trabalho apresentará características do tipo societário que corroboram com o argumento de que a SCP, sobretudo quando comparada com outras formas societárias presentes em nosso ordenamento jurídico, deve ser considerada um tipo deveras atrativo para os investidores. Para tanto, analisar-se-á o seu sistema patrimonial, a responsabilidade societária e a forma de admissão e saída dos sócios.

1. ALGUMAS NOÇÕES BÁSICAS E CARACTERÍSTICAS DA SCP

Atualmente prevista nos artigos 991 a 996 do Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), a SCP é uma sociedade na qual “uma ou mais pessoas fornecem recursos a um empreendedor, que os empregará em determinados negócios para que ao final do prazo estipulado ou ao término do empreendimento, repartam os resultados auferidos”.

A partir dessa afirmação, podemos destacar os seguintes aspectos da SCP:

- a) Existem duas categorias de sócios (o ostensivo e o participante).
- b) O sócio ostensivo é responsável pela gerência e pela realização da operação prevista no objeto social da SCP, se houver, ou em nome próprio. É ele quem assume a responsabilidade perante terceiros e o risco decorrente do exercício da atividade.
- c) O sócio participante é responsável pelo fornecimento dos recursos ao sócio ostensivo, sua expectativa, em regra, é a participação nos lucros. Sua responsabilidade, em regra é limitada ao valor investido.
- d) A SCP não tem personalidade jurídica, conseqüentemente, seu exercício não produz efeitos perante terceiros.

O conceito legal previsto no artigo 991 do CC/02 contém de forma expressa as características acima mencionadas, senão vejamos:

CÓDIGO CIVIL DE 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. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.¹

Partindo dessas características, destacam-se também, algum dos aspectos apontados pela doutrina que constituem à SCP: a informalidade, liberdade, simplicidade, finalidade, despersonalização e inoponibilidade perante terceiros.

Desse modo, a constituição e a dissolução da SCP é simplificada. Isto porque, sua organização não carece da criação de uma personalidade jurídica, sendo possível poupar despesas e tempo, o que favorece sua utilização em casos emergenciais para a realização de alguma operação que demande uma rápida mobilização de recursos, podendo ser aplicada, inclusive, em diferentes negócios. Sua estrutura é bem próxima da estrutura de um contrato de investimento ou de parceria.

Além disso, os sócios são dotados de considerável liberdade para estruturarem o funcionamento do negócio, excetuando apenas as normas cogentes. Além disso, a referida sociedade não precisa ser onerada com os gastos de publicação de seus atos. Fabio Ulhoa Coelho, nesse mesmo sentido, enuncia que:

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, e 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 e questão é explorada sob 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.²

Marlon Tomazzete, por outro ângulo, aponta para as mesmas características ao evidenciar que:

Apesar de ser uma sociedade oculta, é extremamente comum a utilização de sociedades em conta de participação. A limitação extrema de riscos e a não-vinculação do sócio participante é que tornam a sociedade em conta de participação uma forma societária extremamente interessante, sobretudo como uma forma de captação de recursos.

¹ BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 de agosto de 2015.

² COELHO, Favio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2 - Direito de Empresa. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.513.

Outrossim, o sigilo que tal tipo de sociedade permite é extremamente interessante para determinados negócios. Além do que, a dispensa de maiores formalidades incentiva a constituição de tais tipos de sociedade.³

Por conta dessas características, João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli, descrevem a SCP como uma sociedade *discreta*, uma vez que é o interesse do sócio ostensivo, não tornar público que trabalha com capital alheio ou pode ser da vontade do participante não querer que se saiba da sua participação, de forma que a estrutura da SCP permite que a atividade seja exercida apenas em nome do sócio ostensivo. Sobre este ponto, é importante esclarecer, que mesmo que terceiros tenham conhecimento da SCP existente, não fica desnaturada a conta de participação e os desdobramentos dela decorrentes.

2. ORIGEM E BREVE EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

Há na doutrina grande divergência acerca do exato momento do surgimento das sociedades em conta de participação. Isso porque a história das sociedades se confunde com a própria história do comércio⁴, de forma que alguns juristas defendem que esse modelo societário surgiu junto à necessidade de realização de grandes feitos, inclusive antes mesmo da idade média⁵.

Todavia, apesar das divergências quanto ao local e ao momento de criação do instituto, a doutrina majoritária reconhece que o surgimento do instituto deu-se a partir do contrato de comenda, praticado na Itália, nas cidades medievais, que este tipo se desenvolveu⁶.

³ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. Volume 1. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p.301.

⁴ “O jurista MARGHIERI, por exemplo, menciona que a história do comércio está intrinsecamente relacionada com institutos jurídicos semelhantes à sociedade de participação e que, portanto, os comerciantes, em todos os tempos, valeram-se de institutos semelhantes ao ora analisado.” MARGHIERI, Alberto. Società e associazione commerciale. Apud AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. A sociedade em conta de participação no direito brasileiro. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-155006/publico/Ana_Carolina_Barbuio_Affonso_Dissertacao.PDF>. Acesso em 11 de agosto de 2015. p.23

⁵ Nesse sentido, José Xavier Carvalho Mendonça apregoa que: "se bem que as leis romanas não lhe fizessem referência especial, houve quem reconhecesse em Roma essa espécie de contrato, afirmando o seu uso. Os imperadores Diocleciano e Maximiliano falara de uma participação num arrendamento de salinas" MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 224.

⁶ “As sociedades em conta de participação e as sociedades em comandita (...) têm a mesma origem e é possível que sejam as precursoras entre as sociedades regulamentadas: foram encontrados documentos datados entre 1155 e 1164, de lavra de notários genoveses e marselheses. Chamadas inicialmente de *societas maris* (sociedade marítima), *societas vera* (sociedade verdadeira), *collegantia* ou *commenda*,

A comenda consistia, basicamente, na entrega de dinheiro ou de mercadorias por uma das partes contratantes (comendador) a outra (*tractador/comendatário*). Essa figura foi um importante instrumento que possibilitou o comércio de mercadorias e dinheiro entre os países europeus durante a idade média, através, principalmente, do financiamento das expedições marítimas. Segundo explica Ana Carolina Barbuio Affonso:

O contrato de *commenda*, largamente utilizado nas cidades italianas durante a Idade Média, possuía como característica predominante o fato de que um dos contratantes, denominado "*commendador*", realizava sua prestação de forma a entregar recursos financeiros ou mercadorias para que o outro contratante, denominado "*tractador*", as negociassem.⁷

Assim, na estrutura da comenda, o investidor/comendador era produtor ou intermediário (comerciante) ou um exportador, que confiava as mercadorias, ou até mesmo um importador que confiava o dinheiro. Existiam, assim, 2 tipos de comenda: (i) a que o investidor aportava o capital e recebia o lucro, cabendo ao responsável pela expedição mercantil à gestão do negócio e o recebimento de uma comissão e (ii) a que ambos os participantes investiam. Aqui, o responsável pela expedição mercantil continuava a cuidar da gestão do negócio, nesse modelo, havia partilha de lucros, uma vez que ambos aportavam dinheiro. Nesse sentido, Ana Carolina Barbuio Affonso apregoa que:

Há, ao menos, dois tipos de *commendas* que podiam ser identificados na Itália e na Espanha durante a Idade Média. Na primeira espécie, o contratante investidor aportava recursos financeiros, enquanto o contratante gestor administrava o negócio, disponibilizava sua força de trabalho e viabilizava a entrega de mercadorias via viagem marítima. No referido contrato de *commenda*, o investidor recebia os lucros do negócio, enquanto que o gestor recebia uma comissão em contrapartida à execução do seu trabalho. Nesta espécie, denominada *commenda* com aporte unilateral, em regra, o *tractator* recebia 1/4 (um quarto - *quarta proficui*) dos lucros como remuneração pelos trabalhos prestados. Já a segunda espécie é caracterizada pelo fato de que ambos os contratantes investiam recursos financeiros no negócio, sendo certo que uma das partes também era responsável pela gestão da viagem marítima

essas sociedades traziam em sua composição um sócio *stans* (sócio que permanecia no local) e um sócio *tractator* (sócio que embarcava no navio para efetivamente exercer as operações mercantis), e eram constituídas em geral para uma única viagem, que, conforme lembra Braudel, estendia-se por vários meses. De duração efêmera estas sociedades se amoldam à figura do contrato de investimentos e se apresentam sob inúmeras combinações entre os contratantes, ora ocultando os financiadores, ora registrando-os nas corporações. Daí porque alguns historiadores preferem apontar outra sociedade, a *accomandita*, fundada em 8 de maio de 1532, em Florença, como a verdadeira origem das sociedades em comandita simples e em conta de participação. Seu nascimento teria ocorrido para substituir a sociedade de base familiar em nome coletivo. Nesse contrato de *accomandita*, há clara distinção de responsabilidade entre os que gerem a empresa, com a responsabilidade limitada daqueles que se contentam em ser responsáveis, tão somente, pelo aporte em dinheiro". NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Volume 1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.341 a 342.

⁷ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 24.

e venda das mercadorias. Nesta espécie, os lucros do negócio eram distribuídos entre ambos os contratantes. Em geral, o *commendador* participava com 2/3 (dois terços) do capital e o *tractator* com 1/3 (um terço). Considerando, entretanto, que neste caso o *tractator* também recebia a remuneração pelo trabalho desempenhado, no montante de 1/4 (um quarto - *quarta proficui*), ao final os lucros eram repartidos igualmente entre as partes⁸.

Á época da sua utilização, o contrato de *commenda* era importante ferramenta para a circulação de riquezas, de forma que, para assegurar a adequação tanto com a realidade como com as leis, passou-se a exigir, a partir de 1408, em Florença, o depósito dos nomes dos sócios contratantes da comandita nos registros corporativos. Todavia, o comércio não gozava de alto status social durante os primórdios da *commenda*, razão pela qual alguns dos que contratavam em comandita permaneceram ocultos, sem dispor seus nomes nos registros corporativos, haja vista que o comércio era visto como prática vexatória⁹.

Com a reiterada utilização dos contratos de *commenda*, a consequente regulação legal desse instrumento, a diversificação do seu objeto – que passou a abarcar diversos tipos de serviços – e a maior definição dos papéis dos sócios, o que gerou tanto a separação patrimonial como também a de riscos e de funções, esse contrato aprimorou seus traços societários e passou a ser visto como real tipo de sociedade¹⁰.

Entretanto, a doutrina ainda diverge acerca da origem das sociedades em conta de participação. Se de um lado há juristas que defendem que esse tipo societário se originou da separação dos tipos dos contratos de *commenda*, tendo a conta de participação surgido das *commendas* unilaterais; do outro lado há aqueles que alegam que a conta de participação adveio das *commendas* não registradas, nas quais os sócios participantes permaneciam ocultos perante terceiros¹¹.

Fato é que tanto a sociedade em comandita simples como a sociedade em conta de participação surgem de um tronco comum, qual seja, a *commenda* antiga. A SCP, entretanto, surgiu, pode-se dizer, do contrato unilateral de *commenda*, no qual apenas um sócio, o ostensivo, realizava os empreendimentos perante terceiros, sendo os demais, muitas vezes, desconhecidos do terceiro contratante. Ainda no campo do regime

⁸ Idem. Ibidem, p. 25.

⁹ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 30.

¹⁰ "A referida evolução de conceito e características decorreu da combinação de uma série de fatores.

No Contrato de *commenda* com aporte bilateral de capital, o vínculo que unia as partes fazia-se cada vez mais estreito e não era mais necessário, como ocorria no contrato de *commenda* com aporte unilateral, fixar severamente os termos da viagem e a natureza da especulação que seria levada a cabo pelo *tractator*. O contrato de comenda vai, assim, deixando de se prestar a negócios ocasionais e ganha estabilidade, migrando, outrossim, do comércio marítimo para o comércio terrestre." Idem. Ibidem., p. 31.

¹¹ Idem. Ibidem., p. 32 a 35.

jurídico aplicável, deve-se lembrar que as normas obrigacionais e contratuais previstas no CC/02, sobretudo as que se destinam à Teoria Geral dos Contratos, igualmente se aplicam à SCP dada sua base contratual. Entretanto, é preciso o esforço no sentido de buscar a compatibilidade das regras obrigacionais e contratuais do CC/02 com a estrutura da SCP como instituto de direito societário, sob pena de desnaturalizá-lo.

3. O PROBLEMA DA NATUREZA JURÍDICA DA SCP

É quase um exercício automático, sempre que se discorre sobre um instituto do direito, o exame de sua natureza jurídica. Considerando que a SCP é uma sociedade sem personalidade jurídica cuja eficácia só é produzida entre os sócios, não aparecendo perante terceiros, duas posições surgem quanto à natureza jurídica.

De um lado, há os defensores da SCP como espécie de contrato de parceria ou investimento, com natureza contratual, distante, portanto, da ideia de sociedade. Nessa direção, apontam Tullio Ascarelli, João Eunápio Borges e Alfredo de Assis Gonçalves neto.

De outro lado e de forma majoritária atualmente, estão aqueles que advogam pela SCP como uma sociedade, são eles: Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Hernani Estrella, Pontes de Miranda e entre os contemporâneos Arnoldo Wald, José Alexandre Tavares Guerreiro, Erasmo Valladão, entre outros. Parece acertada a posição que exerça na SCP os elementos que caracterizam uma sociedade: pluralidade de partes, contribuição, exercício de atividade econômica e partilha de resultados, conforme o artigo 981 CC/02¹².

4. UM INSTITUTO ATRATIVO (A SCP NA HISTÓRIA ATÉ O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO)

Por conta de suas vantagens no que tange à mobilização do capital, a SCP foi adotada, ainda que por muito tempo de forma não institucional, nos países europeus entre os séculos XV e XVIII. Com o passar dos anos e a conseqüente evolução tanto do Direito como também da própria sociedade, a Conta de Participação foi regulada por diversos diplomas legais, dentre os quais destacam-se o Código Prussiano de 1794, que

¹² Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 de agosto de 2015.

designava o tipo como sociedade secreta; e o Código Francês de 1807, que considerava a SCP como uma sociedade anônima, em 1978, a matéria regida pelo Código Civil.

A Espanha incorporou a matéria em 1829, Portugal em 1833 e o Brasil, sob forte influência do direito português, em 1850 introduziu, ainda que de forma singela e lacunosa, a SCP. Quanto ao ponto é importante destacar insegurança jurídica gerada pela adoção do instituto tendo em vista a opção “simplista” do legislador de 1850.

Apesar do desconhecimento sobre os meandros da SCP e das críticas ocasionados pelas dúvidas quanto às forma e atributos que o tipo oferece, o legislador de 2002 optou por uma regulação mais clara e objetiva da matéria, hoje prevista na Parte Especial do Livro II (Do Direito da Empresa), Título II (Da Sociedade), Subtítulo I (Da Sociedade Não Personificada), Capítulo II (Da Sociedade em Conta de Participação).

Dessa forma, apesar da timidez legislativa ter persistido em nosso CC/02 – afinal, apenas seis dispositivos dão conta da matéria -, fato é que a SCP possibilita a flexibilidade desejada pelos empreendedores em sua estrutura, valorizando, por assim dizer, a autonomia das partes.

Contudo, vale lembrar que o artigo 996 do CC/02 estabelece a regência supletiva da sociedade simples naquilo que for compatível, mantendo, com a SCP o tratamento dedicado aos demais tipos societários, garantindo, em alguma medida, certo grau de segurança jurídica no que diz respeito às relações internas estabelecidas entre o sócio ostensivo e o participante.

Além disso, se mostra inadequada e até superada a visão que defende a personalidade jurídica como elemento essencial do contrato de sociedade. Até porque, se assim fosse, deveríamos simplesmente desconsiderar as figuras associativas que existiam muito antes desta recente criação surgida no século XIX e que constituem, desde então, elemento acidental do conceito de sociedade.

Considerando a SCP como sociedade, merecem destaque as premissas reunidas por João Pedro Scazilli e Luis Felipe Spinelli¹³:

- a) Possibilidade de participar duas ou mais partes;
- b) Apesar dos direitos dos sócios serem idênticos na qualidade, podem não

¹³ SCAZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Sociedade em Conta de Participação. São Paulo: Quartier Latin. 2014, p. 60 e 61.

ser idênticos na natureza/quantidade;

- c) Salvo regras específicas, as deliberações são por maioria;
- d) Trata-se de contrato de execução continuada;
- e) Os vícios de prestação/adesão não invalidam o contrato como um todo, mas somente o sócio que se manifestou;
- f) A inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido, uma vez que a relação entre as obrigações é apenas indireta e mediata e
- g) As peculiaridades quanto ao caso de dissolução parcial e total.

Eis porque a sociedade em conta de participação se mostra tão atrativa aos investidores: se pensarmos que a possibilidade de participação de inúmeros sócios nesse modelo societário permite grande aporte de capital para a realização de empreendimentos cujos quais os sócios ostensivos, muitas vezes, não teriam condições de realizarem somente com suas forças, far-se-á evidente que a sociedade em conta de participação é mecanismo útil à captação de recursos.

Além disso, o contrato vigente entre os sócios, por determinar exatamente aquilo que compete a cada um deles, facilita a divisão dos lucros obtidos pelos empreendimentos realizados por esse modelo societário e divide as responsabilidades dele advindas no âmbito privado da relação societária.

Não obstante a aplicação subsidiária das normas que regem as sociedades simples¹⁴, não há qualquer restrição à opção dos modelos de tomada de decisão a serem adotados pela sociedade em conta de participação. Dessa forma, salvo no que se refere à administração das atividades realizadas pela SCP, as decisões são tomadas na forma prevista no contrato social. A regra mais adotada, entretanto, é a da maioria dos sócios.

Outro aspecto relevante acerca das SCP é o que se refere ao tempo de duração deste modelo societário. Durante muito tempo vigorou na doutrina a discussão acerca do tempo de duração da sociedade em conta de participação. Isso porque o Código Comercial de 1850 previa que:

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

¹⁴ A aplicação da regras da sociedade simples, deve ser feita de forma cautelosa. Isto porque, muitas vezes poderá ocasionar um afastamento do tipo societário em questão.

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)¹⁵

Com vistas a isso, alguns juristas chegaram a defender que as sociedades em conta de participação teriam, necessariamente, tempo de duração limitado¹⁶. Todavia, tal discussão já está vencida, uma vez que o Código Civil de 2002, que regula as sociedades em conta de participação, nada diz acerca do tempo de duração do tipo societário, o que fez com que a doutrina admitisse sua prolongação no tempo¹⁷.

A sociedade em conta de participação também tem características bastante próprias de dissolução parcial e total, contudo, tais aspectos serão abordados mais adiante.

Além das características ora descritas, a sociedade em conta de participação tem outros traços que a torna atrativa como modelo de captação de investimentos, que são: i) ausência de personalidade jurídica; ii) ausência de denominação, ou firma social; iii) incapacidade de assumir deveres e responsabilidades em nome da sociedade; iv) impossibilidade de figurar em processo administrativo ou judicial; v) ausência de sede; e vi) desnecessidade de requisitos formais para a sua constituição¹⁸.

Todos esses traços tornam a sociedade em conta de participação atrativo instrumento de captação de recursos, uma vez que impossibilitam a responsabilização dos sócios participantes perante terceiros contratantes com o sócio ostensivo e que asseguram a limitação dos riscos do negócio ao valor investido pelos sócios participantes. Na mesma medida, essas características também servem ao sócio ostensivo, uma vez que, ao assegurarem proteções aos sócios participantes, possibilitam maior captação de recursos para as sociedades em conta de participação.

¹⁵ BRASIL. LEI Nº 556, DE 25 DE JUNHO DE 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm> Acesso em 14 de agosto de 2015.

¹⁶ Nesse sentido, Waldemar Ferreira entende a sociedade em conta de participação "não se destina a vida duradoura, senão transitória ou passageira, de molde até extinguir-se momentos depois de constituída, pela realização da operação de comércio a que se destinava. (...) O prazo de vigência há de ser indeterminado, adstrito, como fica, à ultimação do negócio para cuja realização se constitui. O caráter próprio dessa sociedade, no ensinamento de Pardessus, está em que ela é relativa a uma ou mais operações de comércio, cujo objeto nasce no momento em que as partes se ajustam e não deve prolongar-se além do tempo necessário para ultimá-las. Se as demais sociedades se destinam à prática de operações continuadas sucessivamente em perene renovação, por anos a fio, o mesmo não acontece com a sociedade em conta de participação, de vida transitória e efêmera, na generalidade dos casos" FERREIRA, Waldemar. Tratado de Sociedades mercantis. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958. p. 507 a 511.

¹⁷ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 57.

¹⁸ Idem. Ibidem, p. 53 a 60.

5. A ESTRUTURA DA SCP

Na SCP, como dito anteriormente, existem 2 categorias de sócio, o sócio ostensivo e o sócio participante.

5.1. O SÓCIO OSTENSIVO

A este sócio foi conferida a possibilidade de exercício da atividade prevista no objeto social, em seu próprio nome e por sua conta em risco. É, por assim dizer, a mais importante figura da SCP uma vez que sobre não recairá toda a responsabilidade pelo insucesso do empreendimento.

Externamente, o sócio ostensivo age como se a SCP não existisse, assumindo toda e qualquer obrigação perante terceiros, que sequer precisam conhecer da existência da SCP, uma vez que suas relações como o sócio ostensivo estão em plano distinto das relações que o sócio ostensivo mantém com o participante (contra quem os terceiros não possuem direito de ação).

5.2. O SÓCIO PARTICIPANTE

A ideia de realizar um investimento sem o ônus da gestão é uma das principais características do sócio participante. A denominação sócio oculto, embora ainda remanesça nos manuais comercialistas, não parece ser a forma mais adequada de denominar essa figura que participa da SCP como investidor/empreendedor, uma vez que apesar de não aparecer perante terceiros, não precisa ser um sócio desconhecido, visto que é absolutamente possível que a existência da sociedade em conta de participação seja conhecida, fato que não modificará a forma de tratamento que a lei confere a este sócio.

Questão importante que pode surgir das relações internas da SCP é o compartilhamento instituído da gestão da sociedade pelos sócios – oculto e participante. Nesse particular, há uma limitação na autonomia da vontade das partes. Isto porque, não pode ser instituído no âmbito de uma SCP o compartilhamento da gestão entre seus sócios, devendo esta competir apenas ao sócio ostensivo, sob pena de descaracterizar a própria natureza da sociedade.

Tal constatação não significa que o sócio participante não tem direito algum, pois ele não só pode, como deve fiscalizar, solicitar prestação e contas e acompanhar todas as atividades desempenhadas pelo sócio ostensivo. É importante salientar que os termos do contrato de participação serão a garantia da medida da atuação entre os sócios. Os poderes devem estar previstos no contrato para que não parem dúvidas sobre os limites de sua atuação¹⁹.

Nesse ponto, ressalte-se, as cláusulas que determinarem os poderes de gestão para o sócio participante serão consideradas ineficazes perante terceiros. Todavia, caso haja prejuízo em decorrência da ação do sócio participante em atos de gestão, poderá o sócio ostensivo demanda-lo, visto que perante terceiro, ele é quem irá assumir a responsabilidade pelos atos praticados em nome da sociedade.

Equivocado parece ser o voto da decisão da Justiça Trabalhista, em cujo qual o Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, Excelentíssimo Sr. Dr. Antônio Marques Cavalcante Filho, entende pela responsabilização do sócio participante pela indenização das verbas trabalhistas, senão vejamos:

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RELATÓRIO DISPENSADO.

I - ADMISSIBILIDADE Recurso tempestivo, adequado, bem preparado e de representação processual regular, a merecer conhecido, portanto. II - MÉRITO Sentença prolatada pelo MM. Juízo da 6ª Vara do Trabalho de Fortaleza condenou o MPC Bar e Restaurante Ltda. e seus três sócios a pagarem ao Reclamante as parcelas vindicadas na exordial, no prazo de quinze dias, sob pena de incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC. Recorre ordinariamente um dos sócios, o Sr. Marcelo Martins Gentil Júnior, renovando a alegação defensiva de ilegitimidade passiva, por ostentar, apenas, a condição de investidor na empresa reclamada, constituída juridicamente sob a forma de sociedade em conta de participação. Assim, não poderia ser responsabilizado por débitos societários. Todavia, irreformável é o "Decisum a quo". O sócio oculto investe recursos financeiros na sociedade em conta de participação, com o fito, obviamente, de obter lucro, contudo, se visa a alcançar ganhos pecuniários futuros, deve, também, arcar com os encargos de eventual insucesso ou dívida gerada pelo empreendimento, máxime em se tratando de crédito de natureza alimentar, como o trabalhista pleiteado nestes autos. Esse, aliás, o pensar já expresso em julgados do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, como se vê no trecho reproduzido abaixo: "Portanto, embora o agravante não faça parte do quadro societário da reclamada em sentido estrito, tem-se que como investidor e sócio em conta de participação ingressou na sociedade não só para partilhar eventuais lucros, mas também para arcar com o risco do empreendimento. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica da empresa não é restrita às sociedades limitadas. No caso da sociedade em conta de participação, caso insuficientes os bens da empresa, é possível a execução de qualquer um dos sócios, independentemente da sua condição de ostensivo (caso da executada) ou investidor (caso do agravante). A previsão doutrinária é respaldada pelo art. 50 do CC, segundo o qual 'Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o

¹⁹ SCAZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Op. Cit., p. 77.

juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Na Justiça do Trabalho, dado o caráter alimentar do crédito em questão, a insuficiência dos bens da empresa para adimplir os valores devidos ao empregado leva à presunção de que houve abuso da personalidade jurídica. Assim, nos termos do artigo citada, é autorizado o redirecionamento da execução aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica, independentemente da sua condição de majoritários, minoritários, ostensivos, investidores ou qualquer outra característica que lhes possa ser atribuída. Aquele que se candidata ao bônus, deve também arcar com o possível ônus do empreendimento. Portanto, tem-se que o agravante, na condição de sócio investidor de sociedade em conta de participação da qual a reclamada é sócia ostensiva, deve responder com seu patrimônio pessoal, à míngua de bens sociais para responder pelo cumprimento da obrigação." (TST - AIRR 49740-86.2003.5.04.0291; Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado; 6ª Turma; DJ 30/06/2008). Destarte, ratifica-se a Sentença recorrida.

EMENTA

por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento. Vencido o Juiz Relator, que dava provimento ao recurso, para extinguir o processo, sem resolução do mérito, em relação ao Sr. Marcelo Gentil Martins Júnior, por conta de sua ilegitimidade passiva, a teor do Inciso VI do Art. 267 do CPC. Redigirá o acórdão o Desembargador Antonio Marques Cavalcante Filho. (TRT-7, Relator: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento: 21/07/2010, TURMA 2)²⁰

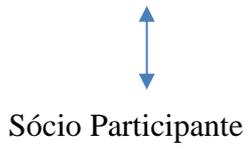
A relação contratual de trabalho estabelecida era entre o sócio ostensivo e o trabalhador, nada tendo o sócio participante com o pactuado. No entanto, a decisão acima mencionada desconsiderou os fundamentos e a estrutura societária da SCP, o que pode gerar, sem dúvida, insegurança jurídica no âmbito negocial. Dada sua forma de organização, a SCP é considerada por muitos doutrinadores, uma sociedade sem qualquer relação jurídica com terceiros, uma vez constituída e organizada sua estrutura e divisão de competência atingem somente a pessoa dos sócios. Para uma compreensão mais clara em termos da estrutura da SCP, vale reproduzir as possíveis formatações do tipo, muito bem ilustradas por João Pedro Scazilli e Luis Felipe Spinelli²¹.

²⁰ BRASIL. TRT-7, Relator: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento: 21/07/2010, TURMA 2. Disponível em <<http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17018588/recurso-ordinario-ro-1286008920095070006-ce-0128600-8920095070006/voto-17018589>>. Acesso em 11 de agosto de 2015.

²¹ SCAZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Op. Cit., p. 105.

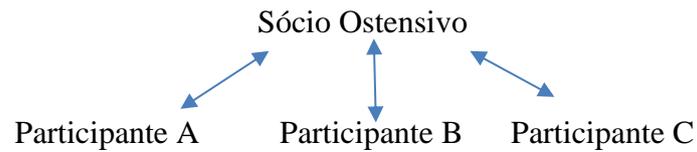
FORMATAÇÃO BÁSICA DA SCP

a) Sócio ostensivo

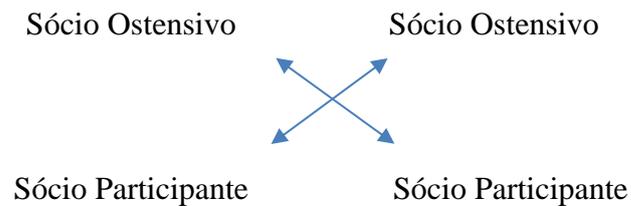


b) Possibilidades

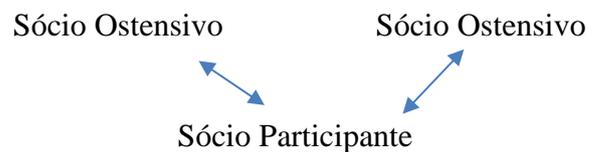
b.1)



b.2)

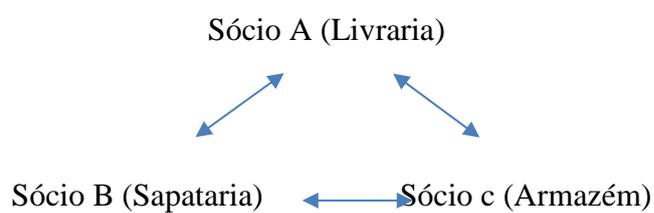


b.3)



FORMATAÇÃO COMPLEXA

Os sócios são, a um só tempo, ostensivo e participante, variando de acordo com a operação. Todos serão gestores/ostensivos em seus respectivos negócios e participantes nos negócios alheios.



6. AS VANTAGENS DE UTILIZAÇÃO DAS SPC E AS MUDANÇAS NO SEU TRATAMENTO.

Muito embora parte da doutrina divirja quanto a natureza jurídica da SPC, ao passo que alguns defendem ser esta contratual e não de sociedade, uma das grandes vantagens da sociedade em conta de participação é o seu regime tributário, ao passo este é equiparada a tributação de uma pessoa jurídica, conforme disposições do Decreto-Lei 2.303/86, art. 7º, e Decreto-lei, art. 3º, e pela Regulamento do imposto de renda RIR/99, no seu art. 148 abaixo:

RIR/99, ART 148: Os lucros da SCP quando distribuídos, sujeitam-se as mesmas regras estabelecidas na distribuição de lucros das demais sociedades. Assim, o lucro auferido pela SCP deverá ser distribuído aos sócios na proporção contratada. Como consequência a sua equiparação às demais PJ's, os lucros apurados pela SCP e distribuídos aos seus sócios, são isentos de IR, não se sujeitando a incidência na fonte ou na apuração de benefícios, pessoa física ou jurídica (art.10 da Lei 9249/96).

Além disso, tendo em vista a equiparação de tratamento da SPC ao das demais pessoas jurídicas, a distribuição de lucro nas SCP são isentos de IR, não se sujeitando a incidência na fonte ou na apuração de benefícios, pessoa física ou jurídica. Essa é a inelutável conclusão pela leitura do art. 10 da lei Lei 9249/95:

LEI 9249/95, ART. 10: Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Assim, a utilização das estruturas de SPC apresentadas no tópico acima pode ser uma excelente alternativa para pessoas físicas escaparem da altíssima tributação sobre o imposto de renda que lhes é incidente, bastando apenas ter um pouco de criatividade quanto a estruturação das sociedades e do negócio pretendido.

Insta esclarecer ainda quanto ao regime fiscal aplicável às SPC que por imposição do art. 80 da Instrução Normativa da Receita Federal (IN) 247/02 cabe ao sócio ostensivo efetuar o pagamento das contribuições incidentes sobre a totalidade da receita bruta da SCP, não sendo permitida a exclusão de valores devidos aos sócios ocultos.

Feito esse panorama quanto às vantagens de tributação inerentes às SPC, cabe agora tratar sobre uma importante mudança para este tipo de sociedade, qual seja: a obrigatoriedade das SPC possuírem registro junto ao CNPJ.

Por meio da edição da IN 1470/2014, a Receita Federal passou a tornar obrigatória a inscrição no CNPJ das SPC, na medida em que a partir da edição da referida instrução normativa, até as sociedades equiparadas às sociedades convencionais deveriam fazer seu registro junto ao CNPJ. A obrigação de fazer o registro perante o CNPJ encontra-se insculpida no art. 3º da IN 1470/2014, o qual dispõe:

IN1470/2014, Art. 3º: Todas as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas pela legislação do imposto de renda, estão obrigadas a inscrever no CNPJ cada um de seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior, antes do início de suas atividades”

Antigamente por força da disposições da Instrução Normativa da Receita Federal IN 179/87, o sócio ostensivo tinha a responsabilidade de apuração dos resultados, apresentação da declaração de rendimentos e recolhimento do imposto devido, entretanto, o item 4 da mencionada instrução desobrigava, expressamente, a inscrição da SCP no então CGC (antigo CNPJ). Além disso, mesmo com o advento da Instrução Normativa 1.183/11, a qual tornava obrigatória a inscrição de todas as sociedades, inclusive equiparadas, no CNPJ, não se havia ainda um pronunciamento específico quanto às SPC, mormente quando duas instruções distintas da Receita Federal (IN 179/87 e 1.183/11) pareciam ter posicionamentos conflitantes.

Em funções das dúvidas quanto a obrigatoriedade de inscrição da SPC no CNPJ, a Receita Federal apresentou a Solução de Consulta 121, de 27 de maio de 2014, a qual confirmou a validade da regra específica da IN 179/87, item 4 para as SCP, que dispensava a obrigatoriedade de inscrição das SCP no CNPJ. No entanto, com a edição da **IN 1470/2014, Art. 3**, a Receita Federal alterou o seu entendimento e tornou agora obrigatória a inscrição das SCP no CNPJ, revogando, por inteiro, a IN 1.183/11 e o item 4 da IN 179/87. Com isso, tornou-se obrigatória a inscrição das SCP no CNPJ.

A referida medida é benéfica ao passo que traz maior transparência a um instituto, que por muito, erroneamente embora, é visto como subterfúgio para ocultação de suas atividades. A sociedade em conta de participação é benéfica e a publicidade de sua existência não a descaracteriza, conforme leciona o mencionado art. 993 do Código Civil.

6.1. O PATRIMÔNIO

Destarte, deve-se ressaltar que, no Direito brasileiro, o patrimônio é constituído por relações jurídicas ativas e passivas de caráter econômico. Segundo Ana Carolina Affonso:

(...) o conceito de patrimônio envolve o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. O patrimônio, dessa forma, é integrado tanto por elementos ativos quanto por elementos passivos²².

Desta sorte, é seguro afirmar que o patrimônio tem sempre uma destinação econômica, de modo que é composto pela titularidade e bens e direitos sujeitos a esse fim determinado. Posto isso, mostra-se admissível no direito pátrio a aglomeração de um grupo de bens e direitos, integrantes de uma universalidade, pela sua destinação comum. Tal concepção impossibilita a criação de diversos patrimônios de titularidade de uma só pessoa, uma vez que essa situação jurídica poderia dar aso a fraudes contra credores e à execução, mas propicia o destaque de patrimônio especial, cujo proprietário terá também patrimônio universal.

Tal situação fática, entretanto, não deve ser vista como cisão patrimonial, uma vez que não o é, mas tão só e unicamente como afetação patrimonial, que gera o destaque de determinadas relações jurídicas de natureza patrimonial a fim de se atingir determinada finalidade econômica²³. No que tange o modelo societário em conta de participação, a afetação patrimonial é importante na medida em que limita os riscos dos sócios participantes, uma vez que toda a responsabilidade pelos atos praticados pelo sócio ostensivo recairá, conforme veremos, sobre o patrimônio afetado. Nesse sentido, Ana Carolina Affonso:

A utilidade prática da afetação patrimonial consiste em destacar determinadas relações jurídicas para determinados fins e também para segregar determinado núcleo de relações jurídicas a determinados credores²⁴.

²² AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 76

²³ Idem. Ibidem, p. 77.

²⁴ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 78.

Na mesma direção, Calixto Salomão Filho entende que:

A expressão patrimônio especial pode ainda ser utilizada no sentido mais comum que de alguma forma vincula a expressão à limitação de responsabilidade, (...) A separação patrimonial instrumental a essa afetação é exatamente aquela que permite ao comerciante limitar o seu risco (impedindo que dívidas oriundas da atividade comercial ameacem su patrimônio pessoal) e garante aos credores por dívidas oriundas da atividade praticada com o patrimônio separado (assegurando que aquele patrimônio é a garantia de sua dívida e que, portanto, eles não terão a concorrência dos credores particulares do titular do patrimônio)²⁵.

A sociedade em conta de participação não possui patrimônio próprio em decorrência da ausência de personalidade jurídica, característica desse tipo societário. Contudo, para viabilizar a realização da atividade a qual se destina a SCP, o capital empenhado pelos sócios participantes é aportado em esfera especial do patrimônio do sócio ostensivo²⁶. O próprio Código Civil, no artigo 994, prevê a criação de patrimônio especial nos casos de constituição de sociedades em conta de participação:

CÓDIGO CIVIL ART. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais.

§ 1º A especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios²⁷.

Entretanto, diferentemente do Código Comercial de 1850, que previa duas hipóteses de responsabilização dos fundos patrimoniais, uma mais abrangente, que atingia o fundo especial pelas dívidas da sociedade e do sócio ostensivo não afeitas à conta em participação, se o terceiro contratante não conhecesse a existência da SCP; e outra mais restritiva, que sujeitava o fundo da sociedade em conta de participação apenas pelas dívidas desta, se o terceiro contratante soubesse da SCP, o Código Civil de 2002 determinou, no parágrafo 1º do art. 994 que a especialização patrimonial gera efeitos somente entre os sócios da conta em participação, não se opondo a terceiros. Ou seja, pela ótica do legislador pátrio, a afetação patrimonial responderá por todos os atos praticados pelo sócio administrador, mesmo que alheios à atividade da conta em participação.

²⁵ Idem. Ibidem, p. 79.

²⁶ Idem, Ibidem, p. 54 a 55.

²⁷ BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 14 de agosto de 2015.

Nesse sentido, faz-se relevante a crítica proposta por Fabio Ulhoa Coelho. O doutrinador entende que a afetação patrimonial que não gera efeitos perante terceiros perde a sua utilidade jurídica, vez que permite que todo o patrimônio afetado se sujeite a obrigações outras que não aquelas da sociedade em conta de participação²⁸. Nesse sentido, o autor entende que o ideal seria que a lei determinasse a criação e patrimônio autônomo para a sociedade em conta de participação, patrimônio esse que responderia somente pelas obrigações contraídas pela SCP.

Ao doutrinador assiste razão na medida em que a sociedade em conta de participação deveria, pelo menos na teoria, responder apenas pelas dívidas oriundas da sua atividade. Todavia, como muitas vezes esse tipo societário é desconhecido dos terceiros contratantes com o sócio ostensivo, é demasiado complicada a completa defesa da posição do autor.

A doutrina majoritária também entende que o patrimônio especial da sociedade em conta de participação é de titularidade do sócio ostensivo. Isso porque, em regra, quando realizadas as transferências, seja de bens, seja de valor, para aporte de capital, estas o são em moeda corrente e em favor do sócio administrador. Contudo, o breve debate acerca da titularidade do patrimônio especial da SCP mostra-se imprescindível na medida em que a maneira de feitura do aporte interfere no processo de falência do sócio ostensivo e nos direitos patrimoniais dos sócios participantes.

Assim, se, por exemplo, o patrimônio especial de determinada sociedade em conta de participação se formar pela transferência da propriedade de bens do sócio participante para o sócio ostensivo, este patrimônio responderá pelas obrigações contraídas pelo sócio administrador e também se sujeitará aos efeitos da falência deste.

De outro modo, se o patrimônio especial da SCP se formar pela transferência do direito de uso dos bens, e não pela transferência da propriedade destes, haverá maior proteção patrimonial dos sócios participantes, vez que esses bens não responderão pelas obrigações particulares do sócio ostensivo e nem se sujeitarão aos efeitos do processo falimentar, haja vista que poderão ser objeto de pedido de restituição.

²⁸ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 95

6.2. A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

Considerando a estrutura da SCP e o papel desempenhado pelo sócio ostensivo (artigo 991 do CC/02), pode-se afirmar que a responsabilidade que acomete os sócios é mista, tal como ocorre nas sociedades em comandita. Explica-se: a categoria dos sócios ostensivos é, para todos os efeitos, ilimitadamente responsável e não goza de limitação patrimonial perante terceiros, enquanto a outra categoria, dos participantes, não é responsabilizada por qualquer dano ocasionado pelo empreendimento e responde, por assim dizer, apenas em relação ao sócio ostensivo (nunca em relação à terceiros) nos exatos termos em que se obrigou, configurando, a limitação da sua responsabilidade.

Uma importante informação merece ser detalhada. Considerando que o CC/02 estabelece a responsabilidade do sócio ostensivo como exclusiva, direta e ilimitada perante terceiros, há de se ressaltar que quando este sócio for uma sociedade, todo seu patrimônio responderá pelas obrigações assumidas no exercício do objeto da SCP. Nesse sentido, é bom elucidar que se o ostensivo, que pode ter qualquer forma societária (Limitada, Eireli, S.A), o patrimônio que será atingido será os da sociedade, não cabendo, em princípio responsabilização pessoal de seus respectivos sócios, protegida pela limitação decorrente do tipo societário que adotou.

Em síntese, a existência de uma SCP não implica, de plano, na ilimitação da responsabilidade do sócio ostensivo, que, em se tratando de uma sociedade empresária, será responsabilizada na medida e considerando as limitações oriundas do contrato social ou estatuto.

Sobre a responsabilidade do sócio participante, como dito, a regra é a não responsabilização perante terceiros. Isto porque, quem assume as obrigações por sua conta e em nome próprio é o sócio ostensivo, não importando que as obrigações tenham sido contraídas em benefício do negócio comum objeto da conta de participação. Esta condição não é influenciada pelo conhecimento que, porventura, exista sobre a sociedade. Talvez, este aspecto revele uma das vantagens do tipo, que é ser eficaz no âmbito interno, vez que externamente, não é clara sua diferença (a sociedade) para pessoa do sócio ostensivo.

A conclusão sobre este ponto no que se refere a responsabilidade do sócio participante é que externamente sua existência e sua relação com o sócio ostensivo, em regra, não devem ser consideradas, não produzindo, portanto, quaisquer efeitos.

No plano interno, contudo, é possível verificar a responsabilidade do sócio

participante perante o sócio ostensivo e nos termos em que contrataram, de forma que os sócios podem estabelecer o grau e o limite de sua responsabilidade na SCP internamente, ou seja, podem combinar que em caso de prejuízo, o participante perca apenas o valor investido, ou que, perante o ostensivo, sua responsabilidade será ilimitada, apenas não cabendo na estrutura da SCP falar em responsabilidade do participante perante terceiros.

Problema parece surgir quando não houver sido estabelecido de forma clara a responsabilidade do participante. Isto porque duas interpretações possíveis são colocadas: a primeira no sentido de que a não estipulação de cláusula limitativa no plano interno, gera para o sócio participante a ilimitação perante o ostensivo. Este fundamento considera como próprio da natureza da sociedade o compartilhamento dos lucros e das perdas inerentes à exploração do objeto social, de forma que qualquer estipulação em sentido contrário deverá ser expressa no contrato da sociedade.

Por outro lado, merece destaque a posição antes adotada no Código Comercial de 1850, no artigo 302 n. 4, que previa “que a responsabilidade do sócio participante devia ser calculada na mesma proporção da que tiver nos respectivos lucros, ou seja, a participação nos prejuízos ocorrer com base na proporção do quinhão”²⁹. Atualmente, considerando que o CC/02 na parte dedicada a SCP, não resolve o problema da limitação da responsabilidade interna do participante, há posicionamento em defesa da aplicação da regência supletiva do artigo 996, que manda aplicar o estatuto da sociedade simples (artigos 997 a 1138) nos casos omissos.

Assim sendo, aplicando a regra do artigo 1007 para a responsabilidade dos sócios, serão divididos os prejuízos de acordo com a participação de cada um no empreendimento. Isto posto, pode-se afirmar que, atualmente, a aparente controvérsia sobre a limitação da responsabilidade do sócio participante no plano interno da SCP se resolve com base na necessidade de previsão contratual (primeira posição acima mencionada).

A omissão do contrato gera a ilimitação da responsabilidade. Contudo, considerando a omissão legislativa e a aplicação supletiva das regras das sociedades simples à SCP, haverá aplicação do artigo 1007 do CC/02, que instituiu a responsabilidade ilimitada fracionária. Apesar da aparente obviedade nesta interpretação, cabe indagar, no entanto, se a aplicação das regras da sociedade simples,

²⁹ SCAZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Op. Cit., p. 100.

nesse particular, se coadura.

6.3. ADMISSÃO, SAÍDA DE SÓCIO E DISSOLUÇÃO

A admissão de novo sócio na sociedade em conta de participação é disciplinada pelo artigo 995 do Código Civil, que determina que:

Art. 995. Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais³⁰.

É cristalino que a Lei Civil brasileira condiciona a admissão de sócio na sociedade em conta de participação à anuência de todos os participantes da sociedade. Como tal critério de admissão é objetivo e encontra-se descrito em lei de modo bastante simples e inteligível, não resta qualquer divergência doutrinária acerca da matéria. Assim, para que haja admissão de novo sócio numa sociedade em conta de participação, todos os sócios devem consentir com a sua entrada.

Diferentemente do que ocorre na admissão, a saída de sócios da sociedade em conta de participação pode ocorrer de diversas maneiras, quais sejam: alienação de participação societária, a exclusão de sócio, dissolução parcial, falecimento, falência do sócio ostensivo e falência do sócio participante³¹. Não obstante a multiplicidade de hipóteses de saída de sócios da SCP, a saída de um sócio desse tipo de sociedade pode acarretar dois resultados: o prosseguimento da sociedade, tal qual nada houvesse ocorrido, ou a dissolução da sociedade.

A regra é que sociedade se mantém se as características do tipo societário persistirem e se o objetivo social puder ser cumprido mesmo após a saída de um sócio. Explicamos: se um sócio ostensivo deixar uma determinada sociedade em conta de participação e, ainda assim, existir outro sócio da mesma qualidade na sociedade e se o fim social não restar comprometido, ou seja, a sociedade tiver capacidade de continuar com a atividade realizada, ela se manterá. Do contrário, será dissolvida.

Situação igual ocorre com a saída de sócio participante. Se a saída do sócio oculto não implicar nem na ausência desta qualidade de sócio na sociedade, nem na

³⁰ BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 14 de agosto de 2015.

³¹ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. Cit., p. 110.

impossibilidade de realização do fim social, a conta em participação resistirá. Caso contrário, ela será dissolvida.

Em qualquer dos casos, o cálculo dos haveres deverá ser feita na forma do contrato que formou a sociedade. Inexistente o contrato, ou havendo omissão do instrumento, “deverá ser realizada apuração de haveres de acordo com o valor patrimonial ou econômico da participação societária, (...) de acordo com o balanço ou balancete levantado especificamente para este fim”³².

A cessão ou alienação da participação societária também é possível nas sociedades em conta de participação. Entretanto, para que operação deste tipo seja realizada, deve-se atentar para a regra contida no art. 995 do Código Civil, ou seja, os demais sócios devem anuir com o ingresso do novo sócio na conta em participação.

A exclusão de sócio também é possível e pode ocorrer de forma judicial desde que haja previsão contratual para tanto, bem como haja deliberação dos demais sócios detentores da maioria do capital social no sentido da exclusão do sócio e observância das regras de remissão previstas no art. 1.004 do Código Civil, nas hipóteses de falta grave ou incapacidade, descritas no art. 1.030 do mesmo diploma legal, ou quebra de *affectio societatis*, na forma do art. 1.085 da Lei Civil³³.

O falecimento também constitui causa de liquidação da participação societária, uma vez que o Código Civil determina que o art. 1.028 se aplica às sociedades em conta de participação. Todavia, o contrato da sociedade pode prever que os herdeiros substituam o sócio, impedindo, assim, liquidação da sua parcela societária.

A retirada é outro direito que assiste aos sócios contratantes da conta em participação. Isso porque o art. 1.029 do CC possibilita aos sócios participantes de sociedades de prazo indeterminado – o que é o caso da conta em participação – o direito de retirada mediante notificação com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Entretanto, caso a sociedade em conta de participação tenha sido constituída com prazo determinado, o sócio só poderá se retirar mediante prova de justa causa e através da atuação do Poder Judiciário.

A última forma de dissolução da sociedade em conta de participação é a falência do sócio ostensivo. Ela, por decretar o fim das atividades do sócio administrador da sociedade, dissolve a conta em participação e acarreta na sua conseqüente liquidação. Insta salientar que, no cenário de falência do sócio ostensivo, todos os bens de

³² Idem Ibidem, p. 110.

³³ Idem, Ibidem, p. 114.

propriedade deste integrarão a massa falida. Assim, se o aporte de capital feito pelos demais sócios da conta em participação ocorreu através da transferência de propriedade, todo o patrimônio transferido integrará a massa falida do sócio ostensivo.

A falência do sócio participante, entretanto, não gera qualquer resultado sobre a conta de participação, salvo se ocorrerem as situações descritas no início deste item, quais sejam: impossibilidade de realização do fim societário e ausência de sócios da mesma classe no quadro social. Isso porque ambas as conjecturas acarretam na descaracterização do tipo societário.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho estudou-se a sociedade em conta de participação e suas particularidades. Pretendeu-se por meio deste estudo delinear as principais características desta sociedade, mostrar suas utilidades e origem.

Verificou-se que a criação da SCP é derivada dos antigos contratos de *commendas* utilizados, especialmente, na época das navegações, em que as partes tinham grande preocupação em limitar suas responsabilidades em caso de fracasso das jornadas.

Por conta de sua origem histórica, muitos doutrinadores acabam apontando que a natureza jurídica real deste instituto seria a contratual ao invés de considerá-lo uma sociedade. Não obstante este entendimento verificou-se que a maioria compreende a SCP como uma verdadeira sociedade.

Um fato que corrobora em favor daqueles que defendem a SCP como uma verdadeira sociedade é o regime tributário aplicável a esta, especialmente no que tange às disposições quanto ao imposto de renda e a tributação a distribuição de lucros, que é o mesmo das pessoas jurídicas convencionais. Além disso, verificou-se ao longo deste trabalho que as SCP passam a ter que registrar-se perante o CNPJ. O cadastro obrigatório é sem dúvida benéfico, tendo em vista que aumenta a transparência do instituto.

A SCP não possui um patrimônio especial, ao passo que o seu patrimônio confunde-se com o do sócio ostensivo. No que tange ao regime de limitação de responsabilidade, na SCP, no plano externo, responde ilimitadamente e isoladamente o sócio ostensivo, enquanto que o sócio participante fica imune contra qualquer tipo de responsabilidade. Não obstante, o sócio participante pode ser responsabilizado no plano

interno perante o sócio ostensivo, caso este falhe com suas atribuições. Destaque-se que as disposições referente a responsabilidade do sócio participante no plano interno devem ser reguladas no contrato da SCP, caso contrário, por aplicação subsidiária das normas da sociedade simples, responderá o sócio participante de maneira proporcional ao seu quinhão de lucros correspondentes dentro da SCP.

A sociedade em conta de participação é extremamente útil, sendo sua constituição extremamente simples e desburocratizada. Sua versatilidade certamente ajuda o empresário a planejar empresas mais eficientes, tendo em vista especialmente suas benesses fiscais que ajudam a reduzir relevantes custos de transação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. *A sociedade em conta de participação no direito brasileiro*. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-155006/publico/Ana_Carolina_Barbuio_Affonso_Dissertacao.PDF>. Acesso em 11 de agosto de 2015.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial, volume 2 - Direito de Empresa*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Sociedades mercantis*. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Volume 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCAZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin. 2014.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*.
Volume 1. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.