Revista Jurídica Empresarial

Edição 12 - Janeiro/Fevereiro 2010 - ISSN-1982-9914

Destaques:

- **Sociedade em Conta de Participação**
- **Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária**
- **Direito Autoral: Fundamentos, Objeto e Titularidade**
- **Sociedades Limitadas e S/As. Conflito de Interesses. Órgão de Gestão Colegiada. Brasil e Portugal**
- **Contrato de Representação Comercial ou Agência**
- **Arbitraje de Inversión**
- **Defensoria Pública. Legitimidade para Propor ACP. Inconstitucionalidade**
- **Atualidades Empresariais**
- **Jurisprudência Nacional**
- **Jurisprudência Estrangeira**

12
Jan./Fev.
2010

REFLEXÕES SOBRE A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

JOÃO PEDRO SCALZILLI[*]
LUIS FELIPE SPINELLI[**]

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Noções básicas; 3 - Características; 4 - Natureza jurídica; 5 - Origem; 6 - Regime jurídico; 7 - Estrutura (faceta interna e faceta externa) e responsabilidade dos sócios; 8 - Constituição; 9 - Requisitos de validade do ato constitutivo; 9.1 Agente capaz; 9.2 Objeto lícito, possível e determinado; 9.3 Forma; 10 - Prova da existência da sociedade; 11 - Falta de personalidade: as consequências; 11.1 Ausência de titularidade obrigacional; 11.2 Ausência de titularidade processual; 11.3 Ausência de patrimônio próprio; 11.4 Ausência de firma ou denominação; 11.5 Ausência de sede e domicílio; 12 - O mito da sociedade secreta; 13 - Fundo social; 14 - Diferentes formatações; 14.1 Formatação básica; 14.1.1 Formatação básica para a participação em uma ou em algumas operações; 14.1.2 Formatação básica para a participação duradoura em parte do negócio do ostensivo; 14.1.3 Formatação básica para a participação duradoura em todo o negócio do ostensivo; 14.2 Formatação complexa; 15 - Situações típicas; 16 - Associação à quota; 17 - Ingresso de novos sócios; 18 - Emissão de títulos; 18.1 Certificados meramente comprobatórios da condição de sócio; 18.2 Certificados transmissíveis da condição de sócio; 19 - Fiscalização e dever de prestar contas; 20. Prazo de duração; 21 - Falência de um dos sócios; 22 - Dissolução *lato sensu*; 22.1 Dissolução *stricto sensu*; 22.2 Liquidação; 22.2.1 Modalidades; 22.2.1.1 Extrajudicial; 22.2.1.2 Judicial; 22.3 Extinção; 23 - Vantagens em relação aos outros tipos societários; 24 - Figuras

[*] Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre/RS.
[**] Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre/RS.

próximas (distinções); 24.1 SCP *vs.* Contrato de mútuo; 24.2 SCP *vs.* Consórcio de sociedades; 24.3 SCP *vs.* Comissão; 24.4 SCP *vs.* Contrato de trabalho com participação nos lucros; 24.5 SCP *vs.* Sociedade de fato; 24.6 SCP *vs.* Sociedade em comandita; 25 - Aspectos contábeis e fiscais; 25.1 Aspectos contábeis; 25.2 Aspectos fiscais; 26 - Considerações finais.

1 - INTRODUÇÃO

Poucas figuras jurídicas são tão importantes para o tráfico negocial e, ao mesmo tempo, tão incompreendidas quanto a sociedade em conta de participação, também designada, na prática, simplesmente por SCP.

Com efeito, não resta dúvida de que a SCP é um dos tipos societários mais pujantes, podendo-se supor que seja o tipo mais utilizado depois das sociedades limitadas, inclusive mais do que as sociedades anônimas e do que as cooperativas. Tal afirmação, porém, não pode ser fundada em números precisos, já que a constituição deste tipo societário é livre de qualquer formalidade, inexistindo registro próprio, e, consequentemente, dados oficiais sobre aquela.

Virtuosa, como já se disse alhures[1], suas características mais peculiares são aquelas que justamente a afastam dos olhares do público em geral. Senão vejamos: a falta de registro ocasiona não só a inexistência dos dados decorrentes do assentamento 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. 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[2].

Entretanto, se, por um lado, as suas características impedem que se conheçam a exata dimensão e a importância exercida pela SCP, por outro lado, pistas de sua virtuosidade podem ser colhidas junto aos operadores do Direito que atuam em determinadas áreas verdadeiramente tomadas de assalto por esse tipo societário, tais como a construção civil e os negócios

[1] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n. 8, p.45-63, 1972.

[2] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.18.

hoteleiros. E não bastasse isso como prova da pujança da sociedade em conta de participação, outro testemunho confiável pode ser colhido nos Tribunais de nosso País, onde o razoável número de precedentes envolvendo tal tipo societário tem demonstrado o quão em voga está a SCP.

A sua indiscutível relevância deve-se, pois, exatamente às características peculiares do tipo, que emprestam àquela grande versatilidade, dinamicidade, flexibilidade e discrição como instrumento de captação de recursos, além de ser instituto que pode assumir tons de informalidade e possuir baixo custo operacional. E a referida falta de exteriorização, uma reminiscência histórica de sua origem medieval, juntamente com a flexibilidade de constituição e a sua versatilidade para ser utilizada em uma série de situações, são os seus grandes atributos, que fazem com que recorram a ela empreendedores e investidores para a viabilização dos mais variados negócios.

Com certeza, se a SCP não estivesse disponível para as mentes inquietantes dos empreendedores, estes dependeriam de outros contratos ou tipos societários bem menos apropriados para a consecução de seus objetivos negociais.

Todavia, é justamente por causa da sua discrição, traço mais marcante do tipo, que muitas vezes se lhe atribuem as alcunhas de sociedade secretada, oculta, entre outras ainda menos elogiosas, que deixam recair sobre aquela olhares de desconfiança. Os seus detratores dizem que ela é um instrumento muito propício para encobrir negócios escusos ou empreendedores que, por um motivo ou por outro, não podem aparecer aos olhos do público; afinal de contas, por qual motivo alguém precisaria permanecer oculto?

Vã ilusão do analista que tira conclusões simplistas. Como se outros institutos também não se prestassem para isso...

Com efeito, se, no passado, a conta de participação serviu para manter escondido um sócio que não podia aparecer, atualmente o ordenamento jurídico mantém esse tipo societário por outros motivos.

É necessário, portanto, despir-se de todo preconceito, ao se analisar tal instituto, sabendo-se verificar que a utilização disfuncional de qualquer instrumento jurídico passa não pela sua estrutura, mas sim pelo ser humano que lança mão daquele para a prática de ilicitudes. E é desta forma que, a partir de agora, far-se-á a análise dogmática da sociedade em conta de

participação, observando-se a sua estrutura (interna e externa) e quais são as suas funções.

2 - Noções Básicas

A sociedade em conta de participação, atualmente regulada no Código Civil, do art. 991 ao art. 996, é aquela na qual uma ou mais pessoas entregam dinheiro ou outros bens a um empreendedor, que os empregará em determinados negócios, para que, ao final do prazo estipulado ou ao término do empreendimento, repartam os resultados. É uma sociedade que só existe entre os sócios e que não aparece perante terceiros.

Assim, a conta de participação é a sociedade na qual há duas categorias de sócios: o ostensivo, que exerce a operação específica ou a atividade econômica prevista no objeto, e o sócio participante — outrora denominado sócio oculto —, que fornece recursos (dinheiro ou outros bens) ao primeiro, na esperança de participar dos lucros no caso de sucesso do empreendimento (art. 991).

Na exploração da atividade econômica, apenas o sócio ostensivo se obriga perante terceiros (art. 992), contratando em nome próprio e assumindo todos os riscos aparentes do empreendimento. Dito de outro modo, ao contratar com empregados, fornecedores, instituições financeiras, consumidores, quem figura na relação jurídica obrigacional é tão-somente o sócio ostensivo, único responsável pelo cumprimento das obrigações perante estes.

Para viabilizar o desenvolvimento da atividade, as partes ajustam entre si quais serão as contribuições de cada sócio e a forma de distribuição dos resultados. Tal ajuste, entretanto, não é de interesse de terceiros, que sequer precisam ficar sabendo da sua existência.

3 - Características

Os traços marcantes da conta de participação são: I) informalidade; II) dinamicidade; III) flexibilidade; IV) baixo custo operacional; V) discrição.

As pessoas, quando decidem explorar determinada atividade econômica, podem fazê-lo individual ou coletivamente. Quando o fazem coletivamente, constituem (normalmente) uma sociedade, sendo vários os motivos que levam os indivíduos a se reunirem, entre eles os de ordem financeira (reunião de recursos), técnica (união de esforços e

conhecimentos), psicológica (as pessoas tendem a se sentir mais seguras em grupo), etc.

Ao optarem por constituir uma sociedade, é como se o ordenamento jurídico oferecesse aos empreendedores um cardápio com várias opções, cada uma das quais com as suas características próprias, que acabarão por orientar a escolha. Entre todos os veículos societários à disposição (são nove ao todo), um deles certamente melhor se encaixa com as pretensões dos empreendedores.

Quando se deseja empreender determinada atividade econômica com um grau de comprometimento e de estabilidade relativamente altos, as opções mais naturais são as limitadas, sobretudo para os negócios de pequeno e de médio porte, e as anônimas, para os negócios de grande porte.

Contudo, como observa Gustavo Oliva Galizzi, se

> "desejam poupar despesas com a organização de uma das formas de sociedade dotada de personalidade jurídica, seja porque a urgência da operação não permite o cumprimento de múltiplas e demoradas formalidades, seja pelo simples intento de não criar entre eles um elevado grau de comprometimento, a tipologia jurídica brasileira mais conveniente à realização (...) de suas vontades é, seguramente, a sociedade em conta de participação"[3].

Com efeito, de constituição e de dissolução bastante simplificada — a constituição independe de qualquer formalidade (podendo, inclusive, realizar-se por meio de um contrato verbal, inexistindo, ainda, necessidade de qualquer registro), sendo possível que a existência da sociedade seja provada por qualquer meio (art. 992), além de realizar-se a dissolução pelas normas da prestação de contas (art. 996) —, a conta de participação permite uma rápida mobilização de recursos para a alocação em empreendimentos dos mais variados tipos, sendo o tipo societário que mais se aproxima de um contrato de investimento ou parceria.

É, portanto, *informal*, visto que a sua constituição e a sua dissolução são simplificadas; *dinâmica*, pois possibilita uma rápida mobilização de recursos; e *flexível*, uma vez que é instrumento capaz de proporcionar a exploração de toda a sorte de negócios, grandes ou pequenos, complexos ou simples, duradouros ou efêmeros, sendo inclusive bastante comum a

[3] Galizzi, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.48.

constituição de uma SCP para a exploração de uma única operação específica.

Além disso, como não requer maiores formalidades para a sua constituição e para a sua dissolução e como não há a criação de um novo ente, os custos de manutenção da conta de participação também são consideravelmente mais baixos do que os de uma sociedade personificada, fazendo desta um tipo de *baixo custo operacional*.

Outra característica importante é a *discrição*, porquanto a constituição da sociedade não interessa a ninguém além das pessoas dos sócios, podendo passar despercebida por todos, sem que com isso haja prejuízo de qualquer ordem para terceiros, inclusive àqueles que contratam com o sócio ostensivo.

Na realidade, é forçoso esclarecer, desde logo, que a conta de participação não é sociedade secreta, mas sim discreta. Isso ocorre porque a atividade é exercida apenas em nome do sócio ostensivo, sem que o sócio participante seja levado em consideração por quem contrata com aquele. O patrimônio do participante não responde pelas obrigações assumidas, sendo perfeitamente aceitável que este não seja conhecido do público em geral – e, por isso, ainda hoje, é o sócio participante designado como sócio oculto. E mesmo que terceiros tenham conhecimento da sociedade havida entre o ostensivo e o participante, não fica desnaturada a conta de participação.

Essa característica é consagrada pelo art. 991, que, de início, esclarece que a conta de participação trata-se de uma sociedade cuja atividade é exercida pelo sócio ostensivo, em nome próprio e sob a sua própria e exclusiva responsabilidade, participando o sócio oculto apenas dos resultados da operação. O parágrafo único também esclarece que o sócio participante se compromete apenas com o ostensivo e faz isso nos termos do contrato social existente entre eles.

A referida discrição tem origem no fato de que da constituição da conta de participação não se origina um novo ente (a sociedade não é, portanto, personificada), advindo daí uma série de situações peculiares desse tipo, a saber: a) não são condições de regularidade a forma escrita e o registro; b) não possui nome próprio; c) não mantém relações externas (não em nome próprio); d) a atividade prevista no objeto é exercida única e exclusivamente em nome do sócio ostensivo; e) não tem autonomia patrimonial, tampouco capital próprio (o capital é, no mais das vezes, de propriedade do sócio ostensivo); f) não possui sede social; g) não tem órgãos de administração; h) não está sujeita à falência, tampouco à insolvência civil. Tais situações serão tratadas mais detidamente no decorrer deste ensaio.

4 – NATUREZA JURÍDICA

A incompreensão geral existente sobre a conta de participação decorre, entre outros fatores, do desconhecimento geral acerca do tipo, que o faz parecer sobremaneira estranho para aqueles que com ele não têm maior intimidade.

Não bastasse isso, é ainda, de certa forma, controversa a natureza jurídica da conta de participação, sendo muitos os que sustentam não ser sociedade a figura em questão, porque ela mais se assemelharia a uma espécie de contrato de parceria ou de investimento[4]. Ademais, como ela não possui personalidade jurídica, muitos asseveram que não se trata de sociedade. Isso sem falar nas peculiaridades atinentes à falência e à liquidação, que fogem à regra geral existente às outras sociedades, entre as várias especificidades[5].

---

[4] Seria, então, pura e simplesmente uma forma de obtenção de capital para uma posterior repartição dos resultados; teria, neste caso, a natureza de um contrato bilateral.

[5] Neste sentido, remetemos às palavras de EUNÁPIO BORGES, que reconhecia a conta de participação como verdadeira *esdruxularia* (cf. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.323-324, p.332; às págs. 323-324, assim refere: "Não tendo ela personalidade jurídica, não podendo adotar um nome comercial próprio - firma ou denominação –, não tendo um patrimônio próprio, o qual se confunde com o do sócio ostensivo, afirme-se sem hesitação que de sociedade tem ela apenas o nome, mas não é uma verdadeira sociedade". "Hoje, porém, repita-se, fixado não apenas em doutrina, mas em nossa lei o conceito de personalidade jurídica das sociedades mercantis, força é excluir a *sociedade* em conta de participação do número das sociedades propriamente ditas." "Embrião de sociedade, sociedade frustra ou lavrada, tentativa ou arremêdo de sociedade, será ela o que se quiser, menos uma verdadeira sociedade."). Igualmente, não é a conta de participação uma verdadeira sociedade para JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA (cf. TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*. 11.ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.105-107), bem como para MARLON TOMAZETTE (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008, v.1, p.282), FÁBIO ULHOA COELHO (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v.2. p.479) e ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO ("E aqui não se está a vincular o instituto da sociedade com a pessoa jurídica, mas simplesmente levando em conta que só se pode ter por sociedade um ente, uma estrutura, a que o direito atribui a possibilidade, em maior ou menor grau, de se tornar sujeito de direito em certas relações jurídicas. A sociedade em conta de participação não se apresenta como um ente capaz de direitos e obrigações, nem mesmo como um centro de imputação de interesses, já que tudo se passa como se fosse – e na verdade é – o sócio ostensivo o único a agir na busca dos propósitos sociais. Ela é um simples *contrato de participação* no qual o sócio ostensivo obriga-se a agir como ajustado com os seus sócios ocultos na aplicação dos

Apesar disso, boa parte da doutrina entende que é, de fato, sociedade[6], entendimento este ao qual nos filiamos, pois, como observa MAURO BRANDÃO LOPES, *à figura jurídica da sociedade não é essencial a personalidade*[7].

Com efeito, como observa o antigo Professor da Universidade de São Paulo,

> "[a] personalidade jurídica é desenvolvimento recente; anteriormente a tal desenvolvimento, as sociedades regulares existiram explicitamente regulamentadas, e, portanto, com pleno reconhecimento na ordem jurídica, exatamente como subsistem ainda em muitas legislações"[8].

recursos (numerário ou bens, entre eles direitos) que reuniram para tal fim." "(...) a vingar a tese oposta, dispensando o surgimento de um ente para a caracterização de uma sociedade, todo contrato de participação será sociedade (parcerias, consórcios de empresas, contratos de representação comercial ou agência etc.) - o que orça pelo absurdo.", cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.148-149, grifo do autor). No plano legislativo, o Código Civil italiano regulou as *associazioni in partecipazione* fora do Título V, que cuida das sociedades, sendo que também em Portugal é a associação em participação tratada como contrato distinto do de sociedade.

[6] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. Livro 2. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, v.4, p.227-228; ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1973, p.344-345; ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.50, 1972; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.320; LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.34 e ss.; WALD, Arnoldo. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, Livro 2, v.14, p.99-100; REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In:* _____; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123-144, p.133; GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.28. Quanto às legislações dos mais diversos países, temos que na Alemanha é tratada como sociedade (*stille Gesellschaft – sociedade confidencial ou secreta*), bem como no Direito francês (cujo Código Comercial de 1807 já a inseria entre as sociedades, sendo tal orientação mantida pela Reforma de 1966, que passou a denominá-las de *sociétés en participation*); ademais, o próprio Brasil (já no Código Comercial, de 1850, mas também no novo Código Civil) trata a conta de participação como uma sociedade.

[7] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.26.

[8] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.26; no mesmo sentido, ver WALD, Arnoldo. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, Livro 2, v.14, p.99-100.

Também, na *Common Law*, as *partnerships* são sociedades, a despeito de não possuírem personalidade jurídica[9], assim como no Direito italiano o são as sociedades de pessoas[10]; ainda, o Código Comercial, de 1850, regrou as sociedades mercantis sem fazer qualquer referência à personalidade destas, bem como o Código Beviláqua (1916) e o Código Reale (2002) não vincularam o conceito de sociedade ao de pessoa jurídica. Ademais, o próprio Código Civil de 2002, de modo expresso, faz referência às sociedades despersonificadas. Resumindo: personalidade jurídica não é elemento essencial de sociedade; é, pois, elemento acidental, encontrável na grande maioria dos tipos societários, porém não em todos.

Certamente, estamos entre aqueles que reconhecem na conta de participação todos os elementos básicos que identificam qualquer sociedade, a saber, a combinação de esforços e de recursos, que cria uma organização reconhecida pelo ordenamento jurídico, destinada ao exercício de uma atividade econômica, e a participação dos sócios nos resultados[11].

Os demais supostos elementos, como a criação de um novo ente e até mesmo a existência da *affectio societatis* — apesar de serem características predominantes entre os tipos societários brasileiros —, são meramente acidentais, isto é, que podem ou não estar presentes[12,13].

[9] EISENBERG, Melvin A. *Corporations and other business organizations*. New York: Foundation Press, 2000, p.32.

[10] DI SABATO, Franco. *Diritto delle società*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2005, p.45 e ss.

[11] Neste sentido, ver: SPINELLI, Luís Felipe. A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 46, n.146, p.165-188, abr.-jun. 2007. Em sentido semelhante, ver GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.114 e 119.

[12] É defensável, como a seguir veremos, que a *affectio societatis* pode nem estar presente no tipo sociedade em conta de participação.

[13] Apesar de não inteiramente identificável com o conceito de sociedade (a qual também, em princípio, pode ser criada por lei), remetemos, tendo em vista a possibilidade de traçar um paralelo, à teoria do negócio jurídico visto como uma estrutura, cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. De acordo com o autor, o negócio jurídico primeiramente entraria no mundo dos fatos jurídicos; posteriormente, passando pelo dos atos jurídicos, aí sim chegaria ao plano dos negócios jurídicos, entendidos como conceito acolhedor de elementos característicos de todos estes; todavia, e descendo na escala da abstração, aí observamos cada categoria dos negócios (ex.: testamento, compra e venda, etc.), os quais possuem características mais específicas *elementos categoriais*, que resultam do ordenamento jurídico e não da manifestação de vontade das partes); e, por fim, alcança-se o negócio jurídico *in concreto* (com os *elementos particulares*, que são aqueles apostos pelas partes). Da mesma forma, acreditamos que tal esquema pode ser reproduzido quando se fala de sociedade, visto que esta apresenta um conceito que abarca os elementos característicos

DOUTRINA NACIONAL

De mais a mais, o próprio Código Civil já a qualifica como sociedade (o que também foi feito pelo Código Comercial, de 1850), uma vez que a insere na parte destinada às sociedades despersonificadas e não naquela referente aos contratos. Além disso, como bem observa GUSTAVO OLIVA GALIZZI, o fato de o legislador ter optado pelas normas da sociedade simples como estatuto de regência supletiva da conta de participação (art. 996, *caput*, do Código Civil), em vez das normas referentes aos contratos, corrobora a tese acima sustentada[14].

E, efetivamente, apesar da discussão, a tendência majoritária é considerar, tendo em vista o exposto e o que será estudado, a sociedade em conta de participação como uma sociedade (e não como um mero contrato bilateral), não sendo por outro motivo que as legislações dos mais diversos países (incluindo o Brasil) regulam-na como um dos tipos societários[15].

5 – ORIGEM

É praticamente unânime que está no antigo contrato de comenda a origem de quatro tipos societários, isto é, a sociedade de capital e indústria (extinta de nosso ordenamento jurídico pelo novo Código Civil), as sociedades em comandita – simples e por ações – e a sociedade em conta de participação[16].

Tal contrato, praticado especialmente nas cidades italianas durante a Idade Média[17], consistia na entrega de dinheiro ou de mercadorias por um dos contratantes (*commendator*[18]) ao outro (*tractator* ou *commendatarius*[19]), que podia ser o proprietário de um navio ou simplesmente o seu capitão, a quem incumbia negociar os bens que lhe eram confiados, seja vendendo as mercadorias que lhe foram entregues pelo comendador, seja adquirindo e negociando mercadorias com o dinheiro que lhe fora confiado por este último, operando especialmente no comércio marítimo entre a costa oeste italiana e a costa espanhola[20].

A respeito disso, MAX WEBER assevera, ao caracterizar o tipo clássico da *commenda*, que, de um lado, existia a parte que realizava o fornecimento de trabalho para a compra de mercadorias e o seu transporte marítimo para, finalmente, efetuar a venda dos produtos no mercado estrangeiro. De outro lado, a outra parte contribuía com o capital para a compra das mercadorias e para prover o meio de transporte[21]. Havia, portanto, uma parte investidora e a outra gestora, no negócio.

Na realidade, dois tipos de comenda podiam ser identificados. No primeiro, apenas o investidor aportava capital, cabendo ao capitão apenas a gestão do negócio (viagem marítima comercial); no segundo, ambos os participantes investiam recursos na aventura comercial, ficando, igualmente, o trato da operação por conta do capitão do navio[22].

---

comuns dos vários tipos (os quais se encontram no segundo plano, repletos de exigências legais, sendo que estão previstos em *numerus clausus*, cf. art. 983 do Código Civil, – ao contrário dos negócios jurídicos, em que predomina a autonomia privada na criação daqueles chamados atípicos); posteriormente, podemos observar cada tipo societário com suas características específicas conferidas pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, a personalidade jurídica faz parte de algumas espécies societárias e não o faz de outras, sendo que, por fim, chega-se às sociedades analisadas nos casos concretos, com características particulares inseridas pelo(s) sócio(s) de acordo com as necessidades – pois, apesar de tipos fechados, podem-se neles inserir cláusulas não previstas no ordenamento: "È invece, ammissibile l'inserimento di singole clausole atipiche, che non siano in contrasto con norme imperative e che non modifichino – giacché violerebbero, allora, il principio della tipicità della società – gli elementi essenziali del tipo prescelto". cf. GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. 4.ed. Padova: Cedam, v.3, t.1, 2004, p.277. De forma semelhante com o nosso raciocínio, remetemos à obra de FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Torino: Editrice Torinense, 1955, p.129.

[14] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.29.

[15] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, 1972, p.50.

[16] J. X. CARVALHO DE MENDONÇA apresenta a confusão da origem histórica da conta de participação, fazendo referência à possibilidade que mesmo em Roma já teria aquela existido; todavia, reconhece que foi com o contrato de comenda, nas cidades italianas, que se desenvolveu como mecanismo autônomo (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.224).

[17] A fonte histórica mais antiga sobre a *commenda* data de 976 d.C. (cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.5).

[18] O investidor, aquele que confia dinheiro ou mercadorias (cf. REHME, Paul. *História Universal de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p.81).

[19] Seria o tratante aquele a quem incumbe tratar dos negócios (cf. REHME, Paul. *História Universal de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p.81).

[20] Nesse tipo de empreendimento, o investidor (*commendator*) podia ser um produtor ou um intermediário (comerciante) que negocia mercadorias no interior, ou podia ser um exportador (que confia mercadorias), ou um importador (que confia dinheiro), ou ambos, no qual a receita advinda da exportação de mercadorias pode ser usada para comprar mais mercadorias para a reimportação. Por tudo, ver WEBER, Max. *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*. Tradução de Lutz Kaelber. New York: Lanham, Boulder; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, p.63.

[21] WEBER, Max. *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*. Trad. de Lutz Kaelber. Lanham, Boulder, New York; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, p.64.

[22] REHME, Paul. *História Universal de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p.82.

PAUL REHME ressalta que a primeira das duas formas é a mais antiga — a que apenas o investidor aportava recursos no empreendimento. Explica o referido jurista que ambas as figuras aparecem sob os nomes de *commenda* ou *societas*. No entanto, a expressão *commenda* deve reservar-se para o primeiro tipo; o termo *societas*, para o segundo. Independentemente disso, algo afigura-se como certo: tem-se sociedade em ambas as relações[23].

Desta forma, os lucros resultantes do empreendimento (no início, uma única viagem marítima comercial) eram então distribuídos conforme se tratasse de um ou de outro tipo de comenda[24]. No primeiro tipo, naquele em que apenas o investidor aportava capital, cabia somente a este os louros do empreendimento, cabendo ao *tractator* (capitão) apenas uma comissão sobre os mesmos (ou, inclusive, uma remuneração fixa, como refere MAX WEBER[25]); já no segundo tipo, o lucro era repartido entre ambos os participantes.

Como quer que seja, o investidor (*commendator*) apenas corria o risco da perda dos bens empregados na aventura (dinheiro ou mercadorias). Seu risco estava limitado ao aporte de capital empregado nesta última, servindo este, como parece a LEVIN GOLDSCHMIDT, como um negócio essencialmente de especulação[26]. O negociante (*tractator*), por outro lado, suportava toda sorte de riscos advindos do eventual insucesso do empreendimento, seja pela má administração, seja pelos temidos riscos do mar (naufrágio e piratas[27], por exemplo).

Pelos débitos da aventura, respondia, portanto, apenas o *tractator* (capitão), cuja responsabilidade alcançava os seus bens pessoais de forma ilimitada. Essa diferenciação entre a responsabilidade do investidor e do negociante é, diga-se de passagem, o início da limitação da responsabilidade nas sociedades comerciais, muito embora, como foi dito

[23] REHME, Paul. *História Universal do Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p.83.

[24] Cf. WEBER, Max. *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*. Tradução de Lutz Kaelber. New York: Lanham, Boulder; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, p.69.

[25] WEBER, Max. *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*. Tradução de Lutz Kaelber. New York: Lanham, Boulder; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, p.66.

[26] LEVIN GOLDSCHMIDT asseverou que a comenda servia essencialmente ao *commercio di speculazioni*, juntamente com o contrato de câmbio marítimo, cf. GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia Universale del Diritto Commerciale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p.201.

[27] Para um interessante relato acerca do desenvolvimento do comércio e da pirataria, ver FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960, v.1, p.23 e ss.

anteriormente, em um primeiro estágio a *commenda* ainda não era tida como sociedade.

Alguns fatores, entretanto, contribuíram para que o contrato de comenda se transmutasse, passando de mero contrato para a forma de sociedade.

Com efeito, gradualmente, de um contrato essencialmente marítimo que se extinguia com o regresso da aventura comercial e pela partilha dos resultados, a *commenda* passou a ser empregada no comércio terrestre, não mais sendo explorada vez por vez, mas de forma reiterada. Passou a abranger várias operações e a reunir mais e mais pessoas que ambicionavam obter lucros, mas, ao mesmo tempo, eram inaptas para o exercício do comércio ou tinham aversão à sua prática, pois, na época, essa não era uma atividade digna de nobreza[28,29].

Outro fator interessante, o qual igualmente levou à transformação do contrato de comenda em diversos tipos societários, eram as limitações à usura impostas pela Igreja[30]. Dizia-se que a comenda era um contrato de mútuo disfarçado, pois o capital investido na aventura não passava de um empréstimo ao negociante, que deveria ser restituído ao capitalista com juros altíssimos no regresso da viagem. Como a Idade Média era uma época em que a Igreja gozava de grande poder e influência na vida das pessoas, estas não estavam inclinadas a sofrer as sanções da doutrina canônica.

[28] Com o esplendor da Revolução Comercial que se inicia na Idade Média, passaram os nobres cada vez mais a se interessar pela possibilidade de auferir lucros com tal atividade, conquanto não a pudessem explorar abertamente, visto não ser aquela condizente com a posição da nobreza. Daí surge a possibilidade de um dos sócios do empreendimento permanecer oculto. É o germe da sociedade em conta de participação, a qual também possui na comenda o seu antepassado mais remoto (cf. FARIA, Anacleto de Oliveira. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação de Rubens Limonge França. São Paulo: Saraiva, 1977, p.153 e ss.). Ver, também, CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.224.

[29] Ao povo judeu, historicamente discriminado, era vedado o acesso à propriedade de terras e o exercício de uma série de ofícios, de modo que a eles restou o comércio. Tem origem histórica, portanto, a habilidade deste povo na arte de negociar. Não por acaso, vale lembrar, os judeus são conhecidos como grandes banqueiros, pois a atividade bancária em sua origem e essência nada mais é do que o comércio de moedas. Sobre o assunto, muito antes que qualquer referência histórica, remetemos ao *Mercador de Veneza*, clássica obra de WILLIAM SHAKESPEARE que bem demonstra o aqui referido.

[30] A usura era condenada por várias razões, entre elas o fato de que cobrar pelo empréstimo ia contra o princípio da caridade cristã. Ademais, porque os juros cobrados no empréstimo nada mais são do que o dinheiro no tempo, e este último só a Deus pertence, não podendo uma pessoa lucrar pelo seu simples decurso.

Assim, a transformação do contrato de comenda em sociedade foi uma solução natural para tal problemática[31]. Em outras palavras, foi uma bem sucedida tentativa de burlar a proibição dos juros, que resultou no desenvolvimento desse novo tipo societário, o qual se revelaria bastante adequado e de relevante importância ao comércio do tempo em que surgiu.

Diante da condenação à prática da usura imposta pela Igreja, ocorreu que algumas comendas passaram a ser registradas, tornando-se públicas[32]. Todavia, um outro fator contribui para que um número cada vez maior de comendas se tornasse públicas, como explica HERNANI ESTRELLA:

> "(...) naquela sociedade oculta, muitas vezes, acontecia que quando a empresa ia bem o sócio oculto, na hora de partirem os lucros, se apresentava afirmando sua qualidade de sócio, mas, quando a empresa ia mal, quando o empreendimento não tinha êxito e o comerciante era considerado falido, aquela pessoa, que na realidade era sócio, se apresentava como um prestador, e não como sócio, e exigia o dinheiro emprestado. De modo que ela se transformava, fraudulentamente, de sócio em credor, a fim de ir buscar ao menos parcela do que havia concorrido para a sociedade. Foi por isso que se passou a exigir, a fim de evitar êsse expediente, que toda essa espécie de sociedade constasse de livro da corporação, o álbum *mercatorum*."[33]

E, ainda, em alguns casos, o costume do registro (publicidade) passou a ser exigido para evitar a fraude a terceiros. Assim, a Lei de Florença de 1408 regulou detalhadamente as comanditas (sociedades em comandita), sociedades formalmente constituídas e cujos sócios deveriam ter os seus nomes depositados nos registros corporativos[34].

A publicidade, contudo, não interessava a todos aqueles que desejavam investir nesse tipo de operação, pois muitos deles, apesar de ambicionar obter lucro desta forma, não se sentiam à vontade para exercer o comércio pessoalmente (vale lembrar que o comércio não era atividade

[31] GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p.44; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.224.

[32] FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.528.

[33] ESTRELLA, Hernani. *Notas de sala de aula editadas pela turma de 1958* (Sebenta das aulas do Professor Hernani Estrella – Direito Comercial I). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Cedidas pelo Professor Peter Walter Ashton, p.86.

[34] Por tudo, ver MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.289.

digna da nobreza: tal ofício era tido como vexatório). Ademais, à medida que um dos sócios permanecesse desconhecido (o atual sócio oculto ou participante), estava este fora das vistas da Igreja, sendo difícil a sua condenação por eventual prática usurária.

Logo, "(...) persistiram os contratos de comenda sem que os nomes dos sócios fossem depositados nos registros; essas sociedades eram conhecidas apenas entre sócios, não aparecendo perante terceiros e não tendo, assim, personalidade jurídica"[35].

É justamente em tal contexto que as comendas não registradas continuaram a ser utilizadas, conservando a sua "(...) forma primitiva, à ilharga daquele outro [contrato de comenda registrado], praticando-se paralelamente com êle, mas sem manifestação exterior, oculto, desconhecido de terceiros, sòmente vigorante nas relações entre os contratantes"[36].

Portanto, ao lado da comenda registrada ("comenda pública"), outras comendas se mantiveram ocultas. Estas deram origem à sociedade em conta de participação, uma sociedade marcada pelo sigilo acerca da existência do vínculo entre *commendador* e *tractator*, ligação esta que era, portanto, secreta, isto é, permanecia longe do conhecimento do público em geral, fazendo com que o sócio investidor permanecesse na penumbra, enquanto que o *tractator* operava em proveito de ambos.

Surgiam, assim, dois tipos societários decorrentes da comenda: aquele que era levado a registro, e que se tornou o embrião da sociedade em comandita, e o que permanecia na penumbra, dando origem à conta de participação[37].

Deste modo, "[h]istoricamente, a sociedade em conta de participação nada mais é do que a *commenda* a meio caminho de sua evolução. É ela, de certo modo, uma *commenda* que permanece oculta, ao passo que a comandita (...) nada mais é do que a publicação da participação"[38,39].

[35] MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.289.

[36] FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.528.

[37] ESTRELLA, Hernani. *Notas de sala de aula editadas pela turma de 1958* (Sebenta das aulas do Professor Hernani Estrella – Direito Comercial I). Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Cedidas pelo Professor Peter Walter Ashton, p.86. Ver, também, FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.528.

[38] BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.323-324.

Doutrina Nacional
Revista Jurídica Empresarial 12
Janeiro/Fevereiro 2010

Assim, a *commenda* cumpriu, historicamente, papel importante, sendo que a sua transformação em sociedade em conta de participação foi natural.

Vale frisar agora que a possibilidade de o comércio ser exercido por um terceiro eliminava dois inconvenientes: o primeiro, relativo à aptidão para os negócios, característica que, como se sabe, não se faz presente em todos os indivíduos; o segundo, pertinente à reprovação social ao exercício da atividade mercantil (tida como uma ocupação de segunda linha) e à condenação da Igreja à usura, tornando a conta de participação um poderoso instrumento para aqueles que desejassem permanecer à sombra dos olhares alheios.

Esse último fator contribui, decisivamente, para o desenvolvimento de um tipo societário em cuja estrutura, agora se sabe, havia uma categoria de sócio que se mantinha oculta.

Devido aos atributos, a conta de participação disseminou-se pela Europa, partindo da sua origem na Itália e aportando na Alemanha e na França, para, posteriormente, chegar à Espanha e a Portugal, cujas legislações tiveram o condão de influenciar a brasileira. Aqui, foi regulada pelo Código Comercial, de 1850, nos artigos 325 a 328[40] sob o nome de *sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima* – sendo que o Código Civil de 2002 regula, atualmente, a sociedade em conta de participação nos arts. 991 a 996.

Hoje em dia, se o caráter secreto não é mais o seu principal atributo, pois o comércio não é mais visto como uma atividade de segunda ordem (apesar de muitos ainda criticarem a busca do lucro), a conta de participação continua virtuosa, já que a facilidade para a sua constituição e para a sua dissolução, aliada ao baixo custo de manutenção, agrada aos empreendedores que necessitam receber aportes de capital de forma rápida e o mais desburocratizada possível, o que ainda faz desse tipo societário um instrumento assaz útil para o tráfico negocial. Não por outra razão o Código Civil de 2002 manteve a conta de participação entre os veículos societários à disposição dos empreendedores[41].

6 – Regime Jurídico

Atualmente, a conta de participação está regulada no Código Civil, mais especificamente pelos arts. 991 a 996. Seu estatuto, sucinto, permite uma grande flexibilidade em sua estrutura (tendo em vista o grande espaço à autonomia privada conferido aos sócios, desde que respeitem as normas cogentes impostas pelo ordenamento jurídico), fazendo deste tipo societário um dos preferidos dos empreendedores justamente por essa característica de maleabilidade.

Apesar da timidez do Código quando do trato de tal tipo societário, o art. 996 estabelece a regência subsidiária pelo regramento da sociedade simples, no que for com esta compatível – seguindo, justamente, a orientação do Código Civil em relação aos outros tipos societários.

---

[39] Waldemar Ferreira, com base em Raymond Saleilles, descreve as três fases da comandita: "[a] essas três fases (...) correspondem três períodos distintos na história da comandita. Predominou no primeiro, que alcançou o Século XIV, a *commenda*, isto é, a forma pré-social, em que ela consistia em simples empréstimo ou depósito, sem vínculo associativo. Estendeu-se o segundo do Século XV ao Século XVII, em que ela se apresentou sob a forma societária, mas de vida exclusivamente interna, de relações entre os sócios tão sòmente. Sòmente no terceiro período, ou seja, a partir do Século XVII ela se tornou sociedade, que ainda é, assim nas relações entre os sócios, quanto nas com terceiros". Ferreira, Waldemar. *Tratado das sociedades mercantis*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v.1, p.123-124.

[40] A título de curiosidade, alguns ainda relacionam as bandeiras paulistas como tipo sociedade em conta de participação. Nesse sentido, ver Niemeyer, Luiz Carlos de. As causas sociológicas e econômicas das bandeiras: a bandeira como empresa mercantil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n.5, p.505-526, 1955.

[41] Para finalizar esse breve relato sobre as origens da conta de participação, recomendamos, para aqueles que desejam se aprofundar no estudo histórico deste tipo societário, as seguintes obras: a clássica tese de Doutorado de Max Weber, *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages* (defendida na Universidade de Berlim em 1889), vertida para o inglês e com edição americana recente pela Rowman & Littlefield Publishers; o clássico *Storia Universale del Diritto Commerciale* (originalmente *Universalgeschichte des Handelsrechts*), de Levin Goldschmidt, cuja único exemplar em biblioteca pública, até onde sabemos, está na Biblioteca Tullio Ascarelli, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco/USP (exemplar que era de propriedade de Waldemar Ferreira, como se denota da assinatura deste na obra) – fato interessante de se referir é que Goldschmidt, principal *expert* europeu em Direito Comercial na época, orientou Max Weber em sua tese de Doutoramento (em cuja defesa contou na banca examinadora com a presença do estupendo jurista e historiador Theodor Mommsen, Prêmio Nobel de Literatura em 1902 com sua *Römische Geschichte* - História de Roma, em 5 volumes –, que havia sido também Professor de Weber na Universidade de Berlim). Cabe referir também que a envergadura dos estudos dos referidos juristas-historiadores deve-se ao fato de que eles analisavam as raízes históricas do Direito Comercial na sua própria fonte, isto é, nos antigos documentos e costumes comerciais oriundos e praticados nas cidades medievais, sobretudo nas italianas, não se limitando a reproduzir o que os outros historiadores haviam escrito, pois, como refere Collingwood, revelando o ofício do verdadeiro historiador, a História atua por meio da interpretação das provas, dos documentos (Collingwood, R. G. *A idéia de História*. Tradução de Alberto Freire. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p.17). Por fim, digno de nota e recomendação é o monumental *Tratado das Sociedades Mercantis*, de Waldemar Ferreira, que traz belíssimo relato sobre o desenvolvimento histórico das sociedades, sem dúvida, o mais completo estudo editado no Brasil sobre o tema.

Por fim, as regras fiscais relativas à conta de participação esclarecem um pouco mais as suas características, as quais nem sempre são tratadas em detalhe pelo seu tímido estatuto. Desta maneira, merecem destaque o Decreto nº 3.000, de 1999, e as Instruções Normativas da Receita Federal nº 179, de 1987, e nº 31, de 2001.

7 – ESTRUTURA (FACETA INTERNA E FACETA EXTERNA) E RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

Na conta de participação, há duas categorias de sócio: a do sócio ostensivo (ou gerente) e a do sócio participante (ou oculto). A cada um destes é reservado um papel especial no desenvolvimento dos negócios da sociedade. Ao sócio ostensivo cabe exercer a atividade prevista no objeto em seu nome próprio e por sua conta e risco, enquanto que ao sócio participante cabe, tão-somente, fornecer parte dos meios necessários para possibilitar a exploração do negócio – leia-se investir na atividade –, não se responsabilizando pessoalmente pelo eventual insucesso na operação. Tal situação põe em evidência duas facetas da conta de participação: a externa e a interna.

Externamente, o ostensivo atua como se não houvesse conta de participação (sendo o único que se obriga e que adquire direitos), pois não revela a existência da sociedade entre ele e o(s) sócio(s) participante(s), não porque isto seja proibido (salvo disposição contratual que preveja o sigilo), mas simplesmente porque a existência da associação entre eles não interessa a terceiros, que contratam tão-somente com o ostensivo (que, inclusive, nem se apresenta como tal) e que levam única e exclusivamente o patrimônio deste em consideração para fins de garantia do cumprimento das obrigações pactuadas. Terceiros, vale destacar novamente, não tratam com a sociedade, nem com os sócios[42], mas com uma pessoa qualquer, que, no mais das vezes, sequer desconfiam que esta última seja sócia ostensiva de uma conta de participação[43].

Neste sentido, é importante salientar a ausência de dever por parte do ostensivo de informar a respeito da existência de uma conta de participação[44]. Mais do que nunca, os terceiros estão em situação de quem ignora que há sociedade[45] – e não existe nenhum problema nisso.

Dir-se-á, portanto, que a faceta externa da conta de participação é o próprio sócio ostensivo (seja este uma pessoa física ou jurídica, exerça ou não uma atividade empresária), o único que, para todos os efeitos, mantém relações com o mundo exterior. É ele quem contrata em nome próprio, adquirindo direitos e contraindo obrigações em favor do empreendimento comum. É, pois, igualmente, o único responsável perante terceiros pelas obrigações assumidas, já que o participante (ou oculto) por nada responde com o seu patrimônio, ressalvado eventual ajuste de repartição de prejuízos celebrado entre este último e o ostensivo, pacto que, porém, possui apenas eficácia interna (isto é, no que concerne à relação ostensivo/participante). E é justamente neste sentido que dispõe o art. 991 do Código Civil (como assim dispunha o art. 326 do Código Comercial, de 1850).

No mais das vezes, terceiros que contratam com o ostensivo não sabem que, por trás daquele agente – que sequer se diz sócio ostensivo –, há uma sociedade em conta de participação em funcionamento – isso é assunto de economia interna. E mesmo que saibam, terceiros e participantes atuam em planos distintos, não possuindo aqueles ação contra estes (mesmo porque a sociedade em conta de participação não produz efeitos perante terceiros, como dispõe o art. 993, *caput*, primeira parte, do Código Civil, e como regulava o Código Comercial, de 1850, em seu art. 326).

A sociedade, porém, revela-se quando examinada a sua faceta interna, que nada mais é do que a relação ostensivo/participante. É neste circuito fechado – em princípio, apenas para o conhecimento dos sócios – que o ostensivo anota todas as operações relativas ao empreendimento comum – receitas e despesas – para, ao final do período ou ao término do evento/empreendimento estabelecido, apurar o lucro e distribuí-lo conforme as proporções acertadas (ou, caso omisso o contrato, proporcionalmente à participação de cada um), ou, verificando o prejuízo e, dependendo do acerto havido entre as partes, dividi-lo com o(s) sócio(s) participante(s)[46].

[42] BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.332.

[43] "O socio gerente responsabiliza-se não como *socio* ou *orgão* da sociedade, porém, como *commerciante*, obrando por sua conta e risco.", cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2 ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.236, grifo do autor.

[44] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t. 49, p.320.

[45] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t. 49, p.344.

[46] TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*. 11.ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.108.

DOUTRINA NACIONAL
REVISTA JURÍDICA EMPRESARIAL 12
JANEIRO/FEVEREIRO 2010

O certo é que os resultados, positivos ou negativos, são partilhados entre os sócios da conta de participação na forma como estiver estabelecido no contrato social. Vale recordar aqui que é proibida a sociedade leonina, nos termos do art. 1.008 do Código Civil. Com efeito, não é considerada leonina a cláusula que limita a responsabilidade do sócio participante ao aporte feito, uma vez que, de qualquer forma, está este último sofrendo a perda daquilo que investiu, ou, caso não se regule, de modo proporcional à participação (investimento, contribuição) de cada um, nos termos do art. 1.007 do Código Civil[47][48].

[47] Assim já considerava CARLOS GUIMARÃES DE ALMEIDA, à época em que a conta de participação era regrada pelo Código Comercial, de 1850, manifestando-se do seguinte modo: "Quanto à participação dos sócios participantes nos prejuízos do negócio, é unânime o entendimento de que, na falta de estipulação em contrário, deve ela ser calculada na mesma proporção da que tiver nos respectivos lucros (...)." "No Direito brasileiro a contribuição do sócio participante nos prejuízos é afirmada por vários julgados, sob a consideração, que me parece irrefutável, de que, a não ser assim, faltaria à sociedade a *affectio societatis*, que é um dos seus indispensáveis característicos." "E se a participação nos prejuízos não tiver sido determinada no contrato, será calculada na proporção do quinhão do sócio participante, *ex vi* do disposto no art. 302, nº 4, do CCom, indubitavelmente aplicável à hipótese." "Todavia, é válida, pois não é leonina, a cláusula que limita a responsabilidade do sócio participante nos prejuízos até o montante do seu *apport*, o que aproxima a sociedade em conta de participação da sociedade em comandita por ações. Na verdade, ela é uma comandita oculta" (cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n. 8, p. 45-63, 1972, p.58). Nessa mesma linha de raciocínio, entre outros, ver WALD, Arnoldo. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Livro 2, v.14, do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.101; e GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.159. Apesar disso, há quem possua entendimento diverso, especialmente no que tange à participação do sócio oculto nas perdas da sociedade, como, entre outros, FRAN MARTINS, para quem responde aquele única e exclusivamente com os bens aportados à sociedade (não tendo o sócio ostensivo, portanto, direito de cobrar, proporcionalmente, as perdas que o exercício do objeto social da conta de participação lhe acarretou): "Os sócios ocultos possuem a sua responsabilidade limitada apenas à importância posta à disposição dos gerentes para a realização da ou das transações comerciais. Não têm eles, assim, mesmo para com os sócios ostensivos, responsabilidade ilimitada. Os sócios ostensivos, porém, assumem, perante terceiros, responsabilidade ilimitada em virtude de realizar as operações sociais em seu nome individual e ser a responsabilidade pessoal sempre ilimitada" (cf. MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.292). Tal discussão doutrinária, de importantes consequências práticas, serve para reforçar algo que frisamos várias vezes ao longo deste texto: relevantíssimo é que o contrato social de tal sociedade seja feito por escrito e bem formulado, regulado as questões sensíveis (como a divisão dos resultados) e propensas a gerar conflitos futuros.

[48] PONTES DE MIRANDA salienta a hipótese de o sócio ostensivo, além da participação nos lucros, receber uma remuneração fixa pela administração do negócio social. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.342.

De mais a mais, o sócio participante pode administrar internamente os negócios sociais e, de certa forma, até mesmo externamente, desde que não se apresente como sócio participante e que não tome parte nas negociações externas como tal – leia-se obrigar-se perante terceiros. Neste sentido, ARNOLDO WALD assevera que nada impede o sócio participante de cooperar com o sócio ostensivo na gestão dos negócios sociais, desde que o faça na qualidade de subordinado ou de mandatário do segundo, deixando claras para os terceiros as condições sob as quais está agindo[49] (sob pena de, em assim não o fazendo, responder pessoalmente pelas obrigações que assumir, nos termos do art. 993, parágrafo único, do Código Civil).

No que concerne à formação da vontade social, é importante referir que nada impede que as principais questões referentes ao negócio sejam deliberadas por meio de voto, embora o direito a isso não seja essencial à qualidade de sócio na conta de participação[50]. Como refere GUSTAVO OLIVA GALIZZI, "o sócio participante só terá a faculdade de, conjuntamente com o sócio ostensivo, influir nas deliberações de interesse geral da sociedade se o contrato social contemplar cláusula autorizando esse direito"[51]. De qualquer modo, voltamos a frisar que, ainda que a decisão seja tomada de modo colegiado, à realização de determinado ato perante terceiros deve atuar única e exclusivamente o sócio ostensivo. Em outras palavras, a execução do que foi anteriormente deliberado cabe somente ao sócio ostensivo.

Por todo o exposto, trata-se de uma sociedade *ad intra*, sem relações jurídicas com terceiros, em relação aos quais, na verdade, é ineficaz (arts. 991 e 993 do Código Civil)[52]. Por isso, é equivocado dizer que a sociedade só existe e vale somente entre os sócios[53]: na realidade, ela existe e vale perante

[49] WALD, Arnoldo. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Livro 2, v.14, do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.105-106.

[50] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.155.

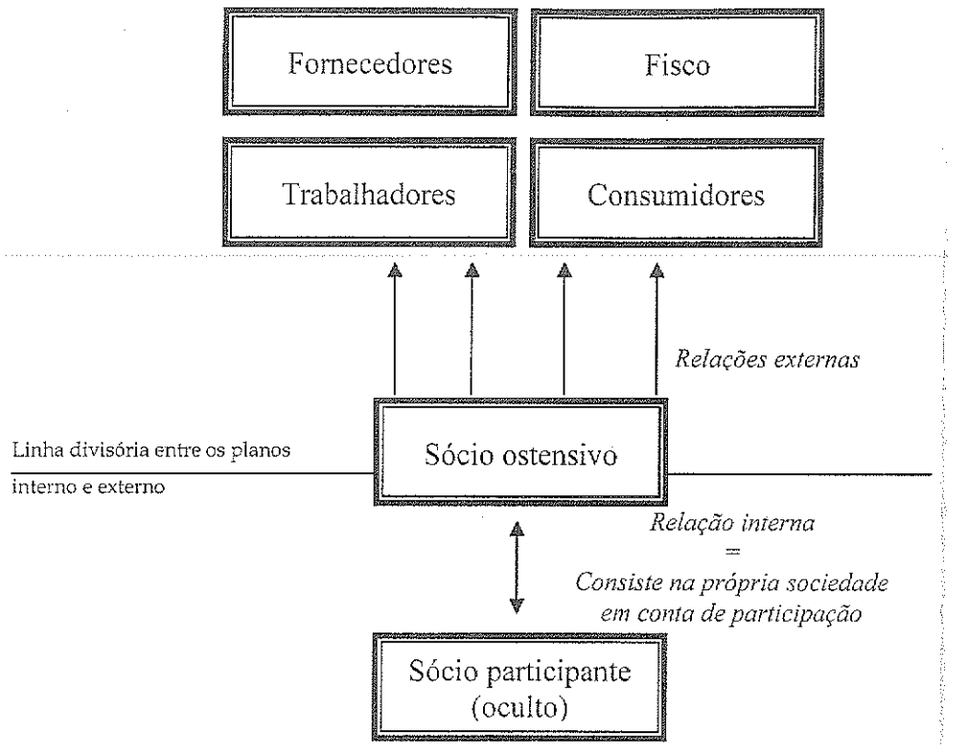
[51] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.155.

[52] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.48, 1972; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.319-320, 340, 344; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.231.

[53] Neste sentido, parecem-nos, salvo melhor juízo, equivocadas as posições de ARNOLDO WALD e WALDEMAR FERREIRA, ao asseverarem que a sociedade é inexistente para terceiros (cf. WALD, Arnoldo. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Livro 2, v.14, do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.97; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito*

todos, porém produz efeitos única e exclusivamente entre os sócios — sendo acertada, portanto, a redação do art. 993 do Código Civil.

Analisada a estrutura da sociedade em conta de participação, apresentamos, abaixo, um esquema que orienta e sistematiza o que foi até aqui exposto:



No que diz respeito à responsabilidade dos sócios perante terceiros, é necessário analisar, separadamente, as figuras do sócio ostensivo e do sócio oculto (participante).

Quanto ao sócio ostensivo, como já foi visto, as atividades são realizadas em seu nome e sob a sua própria e exclusiva responsabilidade (art. 991). Dito de outra maneira, o sócio ostensivo responde com todos os seus bens. Caso estejamos a falar de uma sociedade que seja a sócia

Comercial. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.534); no mesmo equívoco, já incorreu o Superior Tribunal de Justiça (REsp 474704/PR, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.12.2002).

ostensiva, tem-se que todo o seu patrimônio responderá pelas obrigações assumidas enquanto no exercício da atividade prevista no contrato da SCP. Aqui, resta claro que se o ostensivo for uma sociedade limitada ou uma anônima, por regra, só os bens da sociedade responderão por tais dívidas, não podendo, em princípio, serem alcançados os bens de seus sócios, que estão a salvo por conta da limitação da responsabilidade oferecida pelos referidos tipos societários.

Já o sócio participante (ou oculto) não responde pelas obrigações assumidas pelo sócio ostensivo enquanto no exercício da atividade prevista na sociedade em conta de participação, uma vez que não contrata em nome próprio, não assumindo obrigação perante terceiros — até porque, em muitos casos, estes sequer sabem da sua existência; todavia, mesmo que saibam, não responde[54].

O argumento de que eventual dívida surgiu em proveito da sociedade não prospera, pois terceiros que contratam com o sócio ostensivo devem levar em consideração tão-somente o patrimônio deste para efeitos de responsabilização[55].

Como já foi dito e voltamos a repetir, a sociedade em conta de participação não produz efeitos perante terceiros (art. 993, *caput*, primeira parte, do Código Civil).

Nesses termos, ainda que esteja previsto no contrato social que o sócio participante arcará com a parcela das obrigações assumidas pelo sócio

[54] "Estes terceiros não podem allegar a existencia da sociedade, ainda que saibam ou conheçam a sua formação" (CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.227).

[55] "Os credores da sociedade não poderão acionar, em nenhuma hipótese, os sócios ocultos, pois juridicamente esses nenhum compromisso tomaram para com eles" (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.290). E, ainda, remetemos às sempre precisas palavras de WALDEMAR FERREIRA: "Mercê de sua originalidade, que melhor se diria do seu particularismo, a sociedade em conta de participação, precisamente porque inexiste nas relações com terceiros, ainda quando constituída por escritura pública, é sociedade 'para uso interno'. Por isso mesmo, ela não se obriga com terceiros. Não contrata. Não opera. Ela se confunde com o sócio ostensivo, seja pessoa natural, seja pessoa jurídica. Êsse sócio é que age, mas como se fôsse em negócio seu, exclusivamente de sua firma, individual ou social. O sócio participante (ainda que sabidamente participante) é sócio oculto que, nas relações da sociedade com terceiros, absolutamente não é sócio; e, por isso mesmo, não responde pelas obrigações acaso contraídas pelo sócio ostensivo no interêsse da sociedade" (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.534). Ver, ainda, CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.236.

ostensivo no exercício da atividade prevista na sociedade em conta de participação (ou que se siga a regra geral do art. 1.007 de repartição dos resultados), terceiros não podem, com base em tal dispositivo contratual (ou legal), buscar executar o sócio participante (ou oculto)[56]. Vale frisar que as regras (contratuais ou legais) de divisão das perdas produzem efeitos somente perante o sócio ostensivo, o qual, então, poderá cobrar do sócio participante a referida quantia. Da mesma forma, o sócio ostensivo não pode querer utilizar a sociedade em conta de participação e a eventual responsabilidade do sócio participante como defesa em relação a terceiros[57].

Em síntese: a responsabilidade do sócio oculto é apenas perante o sócio ostensivo e nos termos como foi pactuado entre eles (ou, se omisso o contrato, de acordo com a divisão dos resultados proporcionalmente à participação de cada um), como bem refere CARVALHO DE MENDONÇA:

> "Os socios participantes não se obrigam para com terceiros, que os não conhecem nem com elles tratam, porém sim para com o socio ou os socios ostensivos pelos resultados das transacções e das obrigações sociaes, realizadas ou emprehendidas nos termos precisos do contracto."[58]

A respeito disso, já se manifestou o Poder Judiciário:

> "*Comercial. Sociedade em Conta de Participação. Responsabilidade Para Com Terceiros. Sócio Ostensivo. 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.* Hipótese de exploração de *flat* em condomínio. Recurso conhecido e provido" (REsp 168028/SP, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.08.2001) (grifo nosso).
>
> "*Duplicata. Emissão por Fornecedora de Mobiliário Contra o Proprietário de Unidade Autônoma de Edifício. Sociedade em Conta de Participação. Responsabilidade Perante Terceiros. Sócio Ostensivo. '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). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp 192603/SP, Relator Min. Barros Monteiro, j. 15.04.2004) (grifo nosso).

A única hipótese pela qual o sócio participante responde é no caso de tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros. Nesta hipótese, responde solidariamente com o sócio ostensivo (art. 993, parágrafo único, do Código Civil). Aqui, deve-se fazer uma observação pontual: nada impede que o participante, como foi salientado anteriormente, se envolva na administração interna da atividade, o que muitas vezes acontece, pois a sua colaboração pode ser imprescindível ou, ao menos, desejável, para o bom andamento dos negócios; igualmente, pode atuar o sócio participante como subordinado ou como mandatário do ostensivo, desde que fique expressa a sua posição. O que o referido dispositivo veda é a assunção de obrigações em nome próprio, função que é privativa do ostensivo e fundamental para que somente este responda pelas obrigações assumidas no exercício das atividades da conta de participação.

Ainda, cumpre frisar que, porquanto a sociedade é ineficaz perante terceiros, o sócio oculto também não pode opor a sociedade em conta de participação a terceiro, caso tenha o sócio ostensivo utilizado os bens aportados para o exercício do objeto social com outra finalidade: o terceiro contratou com o sócio ostensivo e tal contrato é válido e eficaz, respondendo por eventuais débitos com todo o seu patrimônio; ainda, o sócio ostensivo deve responder pelas perdas e pelos danos causados ao sócio oculto (participante). E, por fim, salientamos que não há ação do sócio oculto (participante) contra os devedores do sócio ostensivo[59] — mesmo que para cobrar créditos decorrentes do exercício da atividade da conta de

[56] O que ocorre é que, tendo o sócio ostensivo um crédito para receber do sócio oculto (participante), podem os credores do ostensivo buscar a satisfação em tais créditos que este sócio tem para receber do outro; todavia, em hipótese alguma existe ação direta dos credores do ostensivo (que com ele contrataram) contra os sócios participantes (ocultos). Neste sentido, já asseverava PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t. 49, p.344.

[57] Cf. WALD, Arnoldo. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Livro 2, v.14, do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.101; TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*. 11.ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.108.

[58] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v. 4, p. 226.

[59] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t. 49, p.345.

participação. Neste sentido, a legitimidade para executar tais devedores é só do sócio ostensivo – caso assim não proceda, cabe ao sócio participante a respectiva ação de responsabilidade.

8 - CONSTITUIÇÃO

A constituição da conta de participação independe de qualquer formalidade (art. 992 do Código Civil, como também previa o art. 325 do Código Comercial, de 1850), podendo ser contratada por escrito ou até verbalmente. O que equivale a dizer que, para ser considerada sociedade regular, não precisa sequer estar inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis (a cargo da Junta Comercial de cada ente federado) ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, bastando o mero consenso entre as partes contratantes[60].

No entanto, a contratação por escrito é sempre mais aconselhável para evitar ou para atenuar conflitos – já que as regras da vida em sociedade estarão previamente explicitadas para todos os participantes em um documento passível de consulta –, além de ser possível o registro deste no Cartório de Títulos e Documentos, o que é facultado pelo art. 992 do Código Civil.

9 - REQUISITOS DE VALIDADE DO ATO CONSTITUTIVO

Os requisitos de validade de uma sociedade em conta de participação são iguais aos de qualquer negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito, possível e determinado e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104).

9.1 Agente Capaz

Os sócios, participantes ou ostensivos, seguindo a regra geral, devem ser capazes.

Embora difícil de acontecer na prática, o incapaz pode, ao menos em tese, ser sócio participante em uma SCP, desde que não haja pacto de divisão de prejuízos entre ele e o ostensivo (e observadas as regras de Direito Civil referentes à administração dos bens de incapazes), uma vez que, então, a sua responsabilidade é limitada. Pode-se, pois, equiparar ao caso em que incapazes são sócios de sociedades limitadas ou anônimas, o

[60] "Dispensa-se o registro do contrato, não o contrato em si" (SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.71).

que é amplamente aceito, visto que o restante do patrimônio pessoal deles não corre risco por dívidas da sociedade. É claro que, para tanto, o menor deve estar devidamente assistido ou representado, conforme se trate de incapacidade relativa ou absoluta.

Entretanto, não há como conceber um incapaz como sócio ostensivo em uma SCP, porque, se é justamente em seu nome que a atividade é explorada, aquele deve gozar de plena capacidade para a prática dos atos da vida civil[61]. Da mesma maneira, não há como pensar em alguém impedido de exercer alguma atividade (por exemplo, aquele que está impedido de exercer a empresa, como os funcionários públicos) como sócio ostensivo, visto que este deve exercer a atividade econômica em seu próprio nome[62].

Hipótese interessante e aventada por GUSTAVO OLIVA GALIZZI[63] é a que diz respeito à possibilidade de um impedido de exercer a empresa integrar uma SCP na condição de sócio participante (um magistrado, por exemplo). A nosso ver, o raciocínio aplicado aos investimentos em ações de sociedades anônimas (ou em quotas de sociedades limitadas) também pode ser aplicado aqui, de modo que parece não haver óbice à participação de impedido de exercer a atividade empresarial em sociedade em conta de participação, mormente quando restar nítido o caráter de simples forma de investimento do negócio.

Todavia, é claro que tal afirmação não pode ser levada a extremos, havendo, sim, situações que devem ser analisadas *cum granus salis*, a fim de se reconhecer uma eventual finalidade fraudulenta no negócio, como, por exemplo, uma sociedade em conta de participação constituída entre um sócio ostensivo e um magistrado, por hipótese, cumprindo cargo administrativo de um Tribunal, que, por sua vez, contrata os serviços do sócio ostensivo daquela referida SCP.

[61] De qualquer forma, devemos fazer a ressalva de que o art. 974 do Código Civil passaria a permitir, ao menos teoricamente, que um incapaz ocupasse a posição de sócio ostensivo.

[62] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t. 49, p.339.

[63] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.58-59.

Por tudo o que vimos, concordamos com PONTES DE MIRANDA, para quem os requisitos a fim de se exercer o comércio (diga-se, empresa) somente podem ser exigidos do sócio ostensivo[64].

Cumpre ressaltar, por fim, que não há qualquer vedação quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser tanto sócia ostensiva quanto sócia participante em uma SCP[65]. Entretanto, é importante que, quando a pessoa jurídica atua como sócia, ostensiva ou participante, é fato que a sua atuação na conta de participação não pode extrapolar o seu próprio objeto social — uma vez que, como é cediço, o objeto social das sociedades limita o âmbito de atividade do ente coletivo.

9.2. Objeto Lícito, Possível e Determinado

Respeitando o art. 104, II, do Código Civil, analisemos o objeto da conta de participação, que deve ser lícito, possível e determinado, inexistindo maiores peculiaridades em relação a outro negócio jurídico.

Sempre que o objeto de uma SCP consistir em uma atividade impossível (venda de sereias para aquário) ou ilícita (divisão de receita entre várias sociedades unidas por um contrato de SCP para burlar as limitações da legislação complementar quanto ao faturamento máximo de uma microempresa ou de uma empresa de pequeno porte), poderá ser decretada judicialmente a sua nulidade, devendo ser as partes restituídas ao estado em que estavam (CC, art. 184) e indenizados os eventuais prejudicados pela astúcia dos empreendedores. Ademais, o objeto social deve ser determinado (e não determinável), como ocorre com o objeto social de qualquer sociedade.

Por fim, devemos frisar que a sociedade em conta de participação pode ser constituída tanto para a prática de atividade empresarial quanto simples, já que, como sabemos, no Brasil, é a atividade que determina se a sociedade é empresária ou não (com exceção das sociedades por ações, que sempre serão empresárias, e da cooperativa e da sociedade simples, que sempre serão não empresárias — nos termos do arts. 982 e 983 do Código Civil)[66]. Na verdade, contudo, diz-se que a sociedade em conta de participação é empresária ou simples de acordo com a natureza da atividade explorada pelo sócio ostensivo[67].

9.3 Forma

A constituição da SCP independe de qualquer formalidade (CC, art. 992, como também já dispunha o art. 325, *in fine*, do Código Comercial, de 1850) — conforme já dito anteriormente —, podendo ser pactuada, inclusive, verbalmente[68,69], o que, entretanto, não se recomenda, tendo em

[64] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.339.

[65] Cf. GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.59-60. É este já era o entendimento quando da vigência do Código Comercial, de 1850, como já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Cível nº 1998.013498-6, 3ª Câmara de Direito Civil, Relator Desembº Dionízio Jenczak, j. 27.10.2003).

[66] PONTES DE MIRANDA, analisando o art. 325 do Código Comercial, de 1850, vislumbrava que era exigência deste último a prática de atividade comercial; entretanto, invocava o art. 1.364 do Código Civil de 1916 e, assim, reconhecia a possibilidade de que a sociedade em conta de participação fosse civil (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.321-322, 331); andando na mesma linha, ver: BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.325; e MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.292-293. Em posição contrária, prendendo-se, à época, à literalidade do art. 325 do Código Comercial, de 1850, caminhava FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.535-536; e CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.227 (apesar de, em nota de rodapé, arrolar precedentes da época que reconheciam sociedades em conta de participação que não exerciam atividade comercial). Portanto, se, mesmo quando da vigência do Código Comercial, de 1850, que exigia, em seu art. 325, que o sócio ostensivo fosse comerciante, já se considerava viável a constituição de uma sociedade em conta de participação na qual o sócio ostensivo realizase atividade civil, com muito mais razão este entendimento deve prevalecer atualmente, quando o Código Civil, ao regrar tal tipo societário (dos arts. 991 a 996), não fez qualquer exigência quanto ao objeto social da conta de participação.

[67] ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, já na vigência do Código Civil de 2002, ao referir que a conta de participação pode ter por objetivo uma atividade empresária ou simples, deixa expresso que a sociedade, propriamente dita, não pode ser considerada simples ou empresária, mas sim o seu sócio ostensivo (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.150, grifo do autor: "(...) não se pode classificar a sociedade em conta de participação como *simples* ou *empresária*. Não existindo perante terceiros, não se revelando ao mundo dos negócios, a sociedade em conta de participação não exerce nenhuma atividade. É certo que tem por objeto a realização de alguma atividade econômica organizada, mas não é ela quem a exerce, porquanto inserida na atividade desenvolvida pelo sócio ostensivo; quem exerce a atividade econômica ou realiza o negócio objeto da conta de participação é o sócio ostensivo, com sua própria organização". "Assim, se o sócio ostensivo for empresário ou sociedade empresária, o ajuste em conta de participação poderá ser identificado como empresarial – o que, no entanto, é indiferente para fins de determinação do regime aplicável à sociedade em conta de participação, já que só existe entre os sócios, não se inscreve em registro algum, não incide em falência ou insolvência civil, nem lhe são aplicáveis, mas ao sócio ostensivo, quando for o caso, as disposições do direito de empresa").

[68] Como CARVALHO DE MENDONÇA ensina, as formalidades na constituição de uma sociedade servem, basicamente, como mecanismo de tutela de terceiros que com o ente coletivo se relacionam; na conta de participação, como ela não se relaciona com terceiros (é uma sociedade *ad*

vista que o referido tipo societário pode confundir-se com várias figuras que com este se assemelham, entre outros efeitos colaterais.

Além disso, para que os sócios saibam, com exatidão, quais são os seus direitos e deveres e em que termos a relação societária deve operar — o que, é claro, traz segurança para todos os seus membros —, é recomendável a adoção da forma escrita, que pode ser por instrumento público ou particular.

Além disso, o contrato pode, ainda, ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos, a fim de se fazer prova ainda mais robusta acerca das condições em que se tratou a sociedade.

Entretanto, a forma escrita apresenta ainda uma outra vantagem adicional, que diz respeito à transferência de titularidade de certos bens ao sócio ostensivo. Com efeito, para a transferência do bem imóvel ou de uma patente, bastaria a apresentação do contrato social de uma SCP (com cláusula específica sobre isso), elaborado por instrumento público para se proceder à transferência da propriedade no Registro de Imóveis e no Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI, respectivamente[70].

Ainda, salientamos que, para fins de imposto de renda, há como se provar o ingresso dos referidos bens no patrimônio geral do sócio ostensivo[71].

intra), dispensada está qualquer formalidade (MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Commercinl brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.230).

[69] A falta de qualquer formalidade para a constituição da conta de participação, se comparada com o que se exige dos outros tipos societários, traz, ainda, algumas consequências que vão além da mera falta de um contrato escrito e do seu respectivo registro e de questões relacionadas à prova, como bem demonstra ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO: "Por outro lado, a desnecessidade de cumprir as formalidades previstas para os demais tipos societários em geral desobriga a sociedade em conta de participação da observância do art. 997 do Código Civil, que determina o conteúdo mínimo do contrato social, declinando as cláusulas essenciais ou obrigatórias que nele devem figurar. Apesar de os casos omissos resolverem-se pelas disposições da sociedade simples, todas aquelas que digam respeito à observância de formalidades, com sanção pela falta, não se aplicam a esse tipo societário" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.152).

[70] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.63.

[71] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.63.

Por derradeiro, para que produza efeitos perante terceiros, o contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento (o que pode ser feito a título de contribuição do sócio participante ao empreendimento comum) possui a necessidade de ser averbado à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis, e de ser publicado na imprensa oficial (CC, art. 1.144); nesse último caso, como é fácil reconhecer, é igualmente importante (ou essencial) a feitura de contrato escrito.

10 – PROVA DA EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE

Como já dissemos anteriormente, pode a conta de participação ser ou não contratada por escrito, podendo provar-se por qualquer meio lícito, inclusive testemunhas (nos termos do art. 992 do Código Civil, como também previa o art. 325 do Código Comercial, de 1850), mesmo que o contrato ultrapasse o décuplo do salário mínimo[72,73].

É justamente tal facilidade no fato de provar a existência da conta de participação que demonstra uma das suas principais características, a informalidade, pois todos os meios de prova admitidos em direito estão aptos a demonstrar a ocorrência de uma conta de participação — assim, a confissão, o documento (cartas, *e-mails*, bilhetes, extratos de depósito

[72] Como observa GALIZZI, "no que toca, especialmente, à prova testemunhal, dispõe o art. 227 da lei civil [e o art. 401 do Código de Processo Civil] que, salvo os casos expressos, esta só se admite, de forma exclusiva, nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados, prescrevendo o parágrafo único que, independentemente do valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito. A questão está em saber se o aludido dispositivo legal é aplicável às sociedades em conta de participação". Tal dispositivo faz crer, num primeiro momento, que não se pode provar a existência de conta de participação exclusivamente por testemunhas quando o valor envolvido ultrapassa os dez salários mínimos. No entanto, o próprio dispositivo alude que os casos expressos fogem à regra, podendo ser provados por prova meramente testemunhal, "portanto a prova testemunhal é admissível, mesmo que o contrato exceda o limite legal (...)". A prova testemunhal, assim, no caso da conta de participação, parece ser uma exceção expressa à regra do art. 227. Nestes termos, ver GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.18.

[73] Entretanto, como corretamente observa CARVALHO DE MENDONÇA, qualquer meio de prova pode ser utilizado não somente para demonstrar a existência da sociedade, mas também a sua modificação ou dissolução – pois, em tais casos, os motivos legais são os mesmos que atuam na sua constituição ou na sua formação CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.234).

bancário), a testemunha, a presunção, a perícia (sobretudo a contábil nos livros do ostensivo), entre outros, por exemplo.

E como observa ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO[74], pode-se, ainda, valer-se dos indícios ou das presunções arrolados pelo revogado art. 305 do Código Comercial, de 1850, que dispunha:

> "Art. 305. Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 - Negociação promíscua e comum. 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública. 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e mais papéis comerciais. 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9 - O uso de nome com a adição - e companhia."

É importante salientar que o art. 992 não faz qualquer ressalva no sentido de que a prova facilitada somente cabe a terceiros, devendo os sócios provar a sociedade tão-somente por escrito. Com efeito, facilitar a prova por parte de terceiros e penalizar os sócios não parece ser, de modo algum, a intenção do legislador. Assim, não se afigura ser a mais correta a posição de HAROLDO VERÇOSA, que aplica à conta de participação as disposições referentes à prova da sociedade em comum, notadamente o art. 987, ao asseverar ser necessário o contrato por escrito para fins de prova das relações entre os sócios ostensivo e oculto[75]. No que concerne à sociedade em comum, razão existe para o referido dispositivo, visto que funciona como uma sanção para aqueles que não constituem regularmente uma sociedade; já na sociedade em conta de participação, faz parte de sua essência a informalidade, não sendo lógico exigir de seus sócios que somente possam demonstrar por escrito a sua existência. Muito pelo contrário, uma vez que, produzindo efeitos única e exclusivamente no âmbito interno, de regra, são apenas os seus sócios que terão interesse de, em juízo, comprovar a sociedade — e não eventuais terceiros, para os quais a conta de participação tende a ser indiferente[76].

Para evitar ou para atenuar eventuais conflitos, entretanto, é aconselhável, como já foi referido em diversas oportunidades, que os sócios a contratem por escrito (além de poderem, com a finalidade de maior segurança para a relação, registrar o contrato no Cartório de Títulos e Documentos).

11 - FALTA DE PERSONALIDADE: AS CONSEQUÊNCIAS

A conta de participação é uma sociedade despersonificada, como o próprio art. 993, *caput*, do Código Civil prevê de modo expresso, o que equivale a dizer que uma das suas principais características consiste no fato de que da sua constituição não nasce um novo ente.

E, pela análise que já fizemos da própria sociedade, outra não poderia ser a conclusão, sendo lógica, portanto, a ausência de personalidade jurídica.

Ora, por não ter a conta de participação seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (e, se se deseja estabelecer alguma forma de publicidade, o registro é feito no Cartório de Títulos e Documentos), não se trata de pessoa jurídica (pois, como dispõe o Código Civil — nos arts. 45, 985 e 1.150 —, a personalidade jurídica nasce a partir do arquivamento do ato constitutivo no respectivo registro).

Ademais, como bem salienta ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, o art. 993, ao fazer referência à inscrição da sociedade em qualquer registro, leva, ainda, a uma outra conclusão: se o órgão competente para a inscrição de sociedade com o seu objeto — seja o Registro Público de Empresas Mercantis, seja o Registro Civil de Pessoas Jurídicas —, por qualquer motivo, realiza o registro de uma sociedade em conta de participação, mesmo assim nenhum efeito daí resultará[77].

---

[74] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.152.

[75] VERÇOSA, Haroldo. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.301.

[76] No mesmo sentido de nosso entendimento, ver GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.152-153.

[77] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.154 (que continua, na mesma página, com as seguintes palavras: "De fato, inscrevendo-se como sociedade simples no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, ou como sociedade empresária no Registro Público de

Resta evidente, por tudo o que já foi exposto, que a sociedade em conta de participação possui eficácia eminentemente interna, inexistindo, inclusive, razões (interesse) para que se atribua a esta personalidade jurídica, uma vez que, perante terceiros, quem atua é o sócio ostensivo em seu próprio nome.

Da ausência de personalidade jurídica decorre uma série de consequências típicas deste tipo societário, entre elas as que serão descritas a seguir.

11.1 Ausência de Titularidade Obrigacional

Esta é, talvez, a principal consequência advinda da despersonificação da conta de participação, justamente aquela que lhe confere a aura de sociedade secreta.

Com efeito, a conta de participação não possui personalidade jurídica e, logo, não atua em seu próprio nome (mesmo porque, inclusive por disposição legal, é ineficaz perante terceiros). Em outras palavras, a conta de participação depende do sócio ostensivo para adquirir direitos e para contrair obrigações, sendo este último quem contrata com fornecedores, trabalhadores e consumidores, por exemplo, ou quem é sujeito passivo em uma relação tributária oriunda de um fato gerador ocorrido no exercício da atividade prevista no objeto da conta de participação[78].

Logo, e como já dissemos anteriormente, todos os atos da sociedade em conta de participação são praticados pelo sócio ostensivo em seu próprio nome.

11.2 Ausência de Titularidade Processual

A conta de participação não pode demandar nem ser demandada em juízo.

Empresas Mercantis, a conta de participação não irá adquirir personalidade jurídica nem será identificada como sociedade simples ou empresária, para fins de aplicação do regime jurídico correspondente; continuará existindo e produzindo efeitos exclusivamente entre os sócios que a ajustaram").

[78] É, portanto, incompreensível a seguinte afirmação de MARIA FINKELSTEIN: "Assim, atualmente as sociedades em conta de participação podem fazer tudo o que não lhes estiver proibido. Podem ser empregadoras, rés, autoras, podem falir, ter patrimônio próprio e ser tributadas como se pessoas jurídicas fossem" (REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In:* _____; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123-144, p.140).

Em primeiro lugar, não pode demandar, pois é o ostensivo quem é o titular de direitos subjetivos 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, este alguém é o sócio ostensivo.

Em segundo lugar, não pode ser demandada, porque não é sujeito passivo de nenhuma relação obrigacional, não havendo quem tenha ação contra aquela. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou de modo expresso:

> *"Sociedade em Conta de Participação. Embargos de Declaração. Dissolução. Nomeação de Liquidante. Citação da Sociedade Constituída. Indenização.* 1. (...). 2. *Não há falar em citação da sociedade em conta de participação, que não tem personalidade jurídica, nem existência perante terceiros.* (...)" (REsp 474704/PR, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.12.2002) (grifo nosso).

Portanto, "[n]ão tem *legitimatio ad causam* nem *ad processum* para estar em Juízo, ativa ou passivamente (...)"[79,80].

Mas isso não quer dizer que os sócios não possam ir a juízo para dirimir eventuais controvérsias existentes entre eles em sua relação interna. Muito pelo contrário, é relativamente comum que isto ocorra, fato que pode ser provado pela jurisprudência pátria, versando sobre a conta de participação:

> *"Comercial. Sociedade em Conta de Participação. Relações Internas. Os participantes da sociedade em conta de participação podem, individualmente e em nome próprio, propor ações em Juízo para dirimir*

[79] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.49, 1972, grifo do autor. E diante de tudo já estudado, é difícil compreender o posicionamento de MARIA FINKELSTEIN (REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In:* _____; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123-144, p.128-129, p.135, p.139), a qual afirma que, atualmente, seria pacífico o fato de que a sociedade em conta de participação pode ocupar o polo passivo da relação processual (ou seja, pode ser ré), sendo tal entendimento baseado no art. 12, VII, do Código de Processo Civil; ademais, tal posicionamento resta contraditório e de difícil aceitação no momento em que, no mesmo texto (na p. 127), a referida autora comenta que não possui a conta de participação legitimidade *ad causam* ou *ad processum* para postular em juízo.

[80] E isso não tem nenhuma relação 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.

DOUTRINA NACIONAL
REVISTA JURÍDICA EMPRESARIAL 12
JANEIRO/FEVEREIRO 2010

controvérsias sobre as respectivas relações internas. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 85240/RJ, Relator Min. Ari Pargendler, j. 19.11.1999) (grifo nosso).

Logo, os sócios da sociedade em conta de participação podem propor ações e dirimir, em juízo, controvérsias atinentes às questões internas (relacionamento interno).

11.3 Ausência de Patrimônio Próprio

Como não há personalidade, não se pode falar em patrimônio da conta de participação, visto que esta não possui capacidade para ser titular de direitos de propriedade. O que há é um *fundo social (patrimônio especial*, nos termos do art. 994 do Código Civil), o qual compõe o patrimônio geral do sócio ostensivo. Deixemos esta análise, entretanto, para mais adiante, quando trataremos, pormenorizadamente, do fundo social.

11.4 Ausência de Firma ou Denominação

A conta de participação não possui nome próprio (firma ou denominação), já que sequer precisa disso, porquanto não atua no mundo jurídico em nome próprio – é o sócio ostensivo que atua em seu próprio nome. Destarte, o art. 1.162 do Código Civil (como também o era o art. 325 do Código Comercial, de 1850) é expresso em relação a isso.

Tal fato, contudo, não impede que os sócios atribuam um nome (ou, melhor dizendo, título) para aquela para efeitos de controle interno, porque é bastante comum a situação de uma mesma pessoa ser sócia de várias contas de participação, tanto como ostensiva quanto como participante[81].

11.5 Ausência de Sede e Domicílio

A conta de participação não tem sede (CC, art. 46, I) nem domicílio (CC, art. 75, IV), pois é o sócio ostensivo quem exerce a atividade em nome próprio e com todos os mecanismos/instrumentos que possui. Todavia, é possível que os sócios convencionem um local para servir de centro de operações e que estabeleçam o foro para as ações judiciais decorrentes do contrato[82].

12 - O MITO DA SOCIEDADE SECRETA

A alcunha de *sociedade secreta* definitivamente não se coaduna com a realidade em que se encontra a SCP no ordenamento jurídico. Tampouco pode ser chamada de *a verdadeira sociedade anônima*, como já o foi outrora na França[83], pois não tem nada de anônima. Da mesma forma, o Código Comercial, de 1850, em seu art. 325, designava a sociedade em conta de participação também como *anônima*[84], o que é inadmissível. Em nosso entender, o mais correto seria chamá-la de *discreta*, porque terceiros não precisam saber obrigatoriamente de sua existência, porém o simples fato de saberem não altera a sua essência[85].

Cabe aqui uma indagação: por que não? Ora, simplesmente porque as operações são entabuladas única e exclusivamente em nome do sócio ostensivo, respondendo apenas o patrimônio deste pelas obrigações assumidas, ainda que estas tenham sido contratadas em benefício de um negócio que, posteriormente, pode reverter em vantagem econômica para o sócio participante.

---

[81] Tendo em vista que a expressão *nome social* possui um conceito jurídico preciso, FRAN MARTINS, por exemplo, ao se referir à designação dada a determinadas contas de participação para efeito de controle interno (por exemplo, anotações nos livros contábeis), prefere utilizar a palavra *título* (cf. MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.290-291).

[82] Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.232; ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.48, 1972.

[83] Tal expressão era empregada ao tempo da elaboração da Ordenança de 1673 e do Código de Comércio francês, posto que ninguém conhecia a sociedade, como relata FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.528-530.

[84] "É uma sociedade que só existe entre os sócios e não aparece perante terceiros. Certamente não foi por outra razão que o Código Comercial denominou-a de *anônima* (...)" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.147, grifo do autor).

[85] E embasando nosso posicionamento, remetemos às palavras de FRAN MARTINS, que entendia ser atécnica a redação do art. 325 do Código Comercial, de 1850: "Denominavam-se essas sociedades de *anônimas* porque não conheciam os terceiros a sua existência; a designação das sociedades em que os sócios limitam a sua responsabilidade às importâncias com que entram para o capital como *sociedades anônimas* foi dada pelo Código de Comércio francês, sendo de notar, porém, a impropriedade dessa designação, pois na verdade as atuais sociedades anônimas, ao contrário das em conta de participação, possuem nomes próprios e são conhecidas de todos" (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.288, grifo do autor). Igualmente, destaca RUBENS REQUIÃO: "Não será clandestina ou secreta, podendo os sócios divulgar sua existência se não forem impedidos pelo contrato" (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27.ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p.441).

DOUTRINA NACIONAL — REVISTA JURÍDICA EMPRESARIAL 12
JANEIRO/FEVEREIRO 2010

Neste sentido, o patrimônio ou a pessoa do sócio participante são irrelevantes e não devem ser levados em consideração por aqueles que contratam com o ostensivo. Fornecedores, empregados, bancos e trabalhadores não devem mirar o patrimônio do participante como fonte capaz de satisfazer eventual crédito não honrado pelo ostensivo, ainda que, vale repetir, a sua origem esteja em operações que podem reverter em benefício daquele.

Portanto, o participante é oculto não pelo fato de ser proibida a sua aparição, mas, tão-somente, porque a sua existência é irrelevante para terceiros que negociam com o ostensivo. Todavia, nada impede que seja a conta de participação publicizada, inclusive mediante registro no Cartório de Títulos e Documentos.

Aqui, o importante é sublinhar que o simples fato de ser conhecida por terceiros não a desnatura[86]. Ela, com efeito, não precisa ser clandestina ou secreta, bastando que o sócio participante não se comprometa por causa disso perante terceiros. Logo, mesmo que o eventual terceiro tenha conhecimento da sociedade em conta de participação e saiba quem é o sócio participante (e daí por que o próprio Código Civil não mais o designa como *sócio oculto*, sendo tal expressão utilizada em decorrência do costume social), a referida sociedade é ineficaz perante aquele, como prevê o art. 993, *caput*, do Código Civil.

Tal panorama só muda em situações defectíveis, isto é, quando a natureza da SCP é corrompida pelos próprios sócios, circunstância que pode muito bem acontecer quando o participante toma parte nas relações do ostensivo com terceiros (art. 993, parágrafo único)[87] ou quando este ou aquele garantem ou dão a entender que o participante garante as operações. Exemplo fácil é o do ostensivo que emprega o prestígio ou o bom nome do participante para convencer consumidores de que é seguro adquirir unidades residenciais em determinado empreendimento levado a cabo por construtora que conta com empresário famoso como sócio participante. Da mesma forma, quando o ostensivo negocia condições especiais com fornecedores, empregando o bom nome de sócio participante, há desnaturação da SCP, podendo, deste modo, ensejar a responsabilização do investidor.

Por fim, derradeira prova de que se trata de mito ser a SCP uma sociedade secreta é o fato de que ela aparece na escrituração do sócio ostensivo, que, inclusive, recolhe imposto de renda em nome do investidor por meio de DARF antes de repassar a este último os lucros da operação. Portanto, para o Fisco, não há sociedade secreta; para os outros, da mesma forma, poder-se-ia chamá-la de, no máximo, discreta.

De qualquer forma, podemos, seguindo as lições de WALDEMAR FERREIRA, considerar a sociedade em conta de participação como anônima no sentido estrito da palavra, uma vez que não possui nome social (nos termos do art. 1.162 do Código Civil, como já foi visto)[88].

13 – FUNDO SOCIAL

Formado pelo aporte dos sócios, o fundo social é a base material para o exercício da atividade objeto da conta de participação.

A contribuição que os sócios dão para a formação do fundo social pode dar-se em dinheiro ou em outros bens ou direitos que permitam uma avaliação pecuniária (equipamentos, máquinas, ferramentas, utensílios, veículos, animais, terrenos, prédios, patentes de invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, marca, direitos autorais, créditos, concessões administrativas, posições contratuais, direito de uso de determinado bem, etc.).

Podem, igualmente, tanto o sócio ostensivo quanto o oculto contribuir tão-somente com trabalho (administração do empreendimento, serviços específicos de engenharia, terraplanagem, mão-de-obra, consultoria técnica, etc.), atuando como verdadeiro sócio de indústria, à semelhança do que se tem na sociedade simples (Código Civil, arts. 997, V, e 1.006) e do que

[86] Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. Livro 2, v.4, p.229; ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.48, 1972.

[87] Evidentemente, nada obsta a que o participante trabalhe na administração do empreendimento e até administre parte das operações do ostensivo, desde que não se apresente a terceiros como participante ou garanta tais operações – como já visto anteriormente.

[88] FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961. v.4, p.532; em sentido semelhante, ver CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. Livro 2, v.4, p.232.

ocorria na vetusta sociedade de capital e indústria (regulada no antigo Código Comercial, nos arts. 317 a 324)[89].

Como observa MAURO BRANDÃO LOPES, "nenhum dispositivo legal impede a existência de sócio de indústria na conta de participação; de outro lado, como se viu, tal existência é perfeitamente compatível com a figura da sociedade"[90]. Por outro lado, o simples fato de a sociedade em conta de participação possuir regência subsidiária pelo regramento da sociedade simples parece facultar a existência de sócio de indústria.

Ocorre, entretanto, que a contribuição em trabalho não constitui, tecnicamente, contribuição para o fundo social, possuindo, pois, natureza diversa[91,92]. Desta afirmação depreende-se que o fundo social pode ser formado por somente alguns sócios ou mesmo por um único[93].

Quanto à natureza das entradas de sócios, a regra geral é que elas devam consistir em valores patrimoniais[94]. De qualquer sorte, quando se tratar de sócio participante (uma vez que o sócio ostensivo empregará, para o exercício da atividade prevista na conta de participação, ou o seu trabalho ou os bens e direitos que façam parte de seu patrimônio), as suas entradas poderão ser dadas a título de propriedade[95] (mesmo que se constitua uma copropriedade entre os sócios oculto e participante), ou mesmo a título de uso ou gozo[96].

[89] E o seu risco no empreendimento é a perda do seu trabalho, cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.84-85. Em posição um pouco mais restrita, CARLOS GUIMARÃES DE ALMEIDA, PONTES DE MIRANDA e ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO aceitam que a contribuição do sócio ostensivo se dê apenas com o seu serviço (ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.56, 1972; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.321; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.148).

[90] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.84.

[91] Cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.85.

[92] Todavia, é possível que seja considerada genericamente como *contribuição para a exploração da atividade*. Certo é, contudo, que o serviço não constitui contribuição para o fundo social.

[93] Cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.85.

[94] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.85.

[95] No caso de imóvel, essencial é a existência de contrato escrito, uma vez que é necessário o registro do ato translativo; quando crédito, o instrumento de cessão; no caso de título de crédito à ordem, o endosso. Para tanto, ver LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.86.

[96] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.56, 1972;

Sendo os bens aportados pelo sócio participante, são, de uma maneira geral, transferidos a título de propriedade para o sócio ostensivo, o qual passa a ser o proprietário dos bens que serão utilizados na exploração da atividade (ou seja, fica o sócio ostensivo contratualmente — passamos, então, para o campo obrigacional — vinculado à realização do objeto social, podendo ser responsabilizado caso se comprove que desviou o bem para a realização de outra atividade).

Pode, ainda, constituir-se uma copropriedade entre o sócio oculto e o ostensivo. Para tanto, é necessária uma convenção entre os sócios, já que por si mesma a participação não acarreta a copropriedade — não se esquecendo de que a convenção deve ser presumida caso ocorra a compra em comum de um objeto determinado destinado à revenda[97].

Por fim, é possível a transferência do direito de uso ou do gozo da propriedade (mantendo o oculto, então, a propriedade do bem), seja a título real, seja a título obrigacional. A respeito disso, HAROLDO VERÇOSA salienta a possibilidade de os bens dos sócios participantes serem cedidos ao sócio ostensivo por contrato de comodato ou de locação, por exemplo, para serem utilizados na exploração do negócio[98].

Sobre esta modalidade de aporte, vale referir o exemplo utilizado por GUSTAVO OLIVA GALIZZI:

> "(...) salientar que uma modalidade de aplicação bastante usual da sociedade em conta de participação no Brasil, destinada à exploração de apart-hotéis, é estruturada, usualmente, a partir da transmissão do uso de bens. No chamado *pool* hoteleiro, uma sociedade especializada na administração de *flats* contrata, na condição de sócia ostensiva, uma sociedade em conta de participação com os condôminos de um edifício, que se obrigam na qualidade de sócios participantes. A porção do fundo social que toca aos participantes é integralizada pela transferência, a título de uso, dos apartamentos que lhes pertencem, os quais são regularmente alugados para terceiros pelo sócio ostensivo. Os

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.332.

[97] Nesse caso (constituição de copropriedade), "é de todo conveniente que o contrato social esclareça a sorte que terá tal bem na liquidação da sociedade". GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.148.

[98] VERÇOSA, Haroldo. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.300.

lucros decorrentes das locações são, então, divididos entre ostensiva e participantes, nos termos firmados entre eles."[99]

A grande diferença é que, quando conferidas nesta última forma (transferência a título de uso ou gozo), escapam aos credores pessoais do ostensivo, assim como escapam aos credores sociais, podendo o participante reivindicá-la de terceiros (como no caso da falência do ostensivo)[100].

Pode ser avençado, também, que a coisa dada pelo participante a título de entrada seja restituída *in natura* ao término do empreendimento[101].

No que diz respeito ao fundo social, a primeira observação a ser feita é que, em não tendo a conta de participação personalidade jurídica, não lhe podem pertencer os fundos destinados à exploração dos negócios sociais. Com efeito, somente quem tem personalidade jurídica é capaz de ser sujeito ativo e passivo nas relações jurídicas. Os fundos são sociais porquanto são empregados em negócios do interesse dos sócios da conta de participação, não porque pertencem à sociedade[102].

Não sendo da sociedade os fundos, MAURO BRANDÃO LOPES[103] aponta três alternativas: I) o patrimônio *constituirá uma comunhão*, pertencendo a todos os sócios conjuntamente (tendo cada sócio uma parte *pro indiviso*); II) conservará cada sócio a propriedade de sua entrada; ou III) as entradas dos sócios passarão ao patrimônio do sócio ostensivo.

Vale frisar que a terceira opção é adotada pela grande maioria da doutrina e também pela nossa legislação. Assim, as entradas dos sócios participantes passam ao patrimônio do ostensivo[104]. Desta maneira, as contribuições dos sócios passam a fazer parte da totalidade do patrimônio do sócio ostensivo (visto que, como é a regra no ordenamento jurídico pátrio, cada pessoa – seja jurídica, seja física – é titular de um único patrimônio), sendo que os bens e/ou direitos destinados ao exercício do objeto social da conta de participação constituem um patrimônio especial (art. 994 do Código Civil).

[99] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.89-90, grifo do autor.
[100] Cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.86-87.
[101] Cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.86.
[102] Cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.65.
[103] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.65.
[104] Sobre a fragmentação do fundo social, quando da existência de mais de um sócio ostensivo, em diversos fundos parciais em poder de cada um deles, ver LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.74-75.

Todavia, cumpre salientar que tal patrimônio especial, na verdade, não é formado somente pelas contribuições dos sócios (como dá a entender o *caput* do art. 994), mas também pela soma dos recursos afetados aos negócios que formam o objeto social, estando aí incluídos, portanto, os lucros auferidos porém ainda não distribuídos aos sócios[105].

Os bens e/ou direitos aportados pelo sócio participante, bem como pelo sócio ostensivo, além de eventuais lucros ainda não distribuídos, pertencem, então, ao único patrimônio do sócio ostensivo. Em contrapartida, aqueles que são destinados ao exercício do objeto social da conta de participação constituem patrimônio especial, ficando, portanto, o sócio ostensivo contratualmente – Direito das Obrigações – vinculado à realização do objeto social com aquele patrimônio especial, podendo ser responsabilizado caso se comprove que desviou os bens e/ou direitos para a realização de outra atividade[106].

Com efeito, o patrimônio especial está atrelado ao objeto social da conta de participação, não podendo o sócio ostensivo utilizá-los com outra finalidade, sob pena de responsabilização. Perante terceiros, porém, tal especialização é ineficaz (art. 994, § 1º) – ou seja, por ser a conta de participação uma sociedade que produz efeitos somente entre os sócios, o patrimônio especial, como consequência lógica, também produz efeitos somente entre os sócios. Neste sentido, como observa ARNOLDO WALD,

> "(...) a utilização indevida do patrimônio especial pelo sócio ostensivo, violando o contrato social ou as deliberações dos sócios, não pode ser oposta a terceiros de boa-fé que contrataram com o sócio ostensivo, mesmo àqueles que sabiam da existência da sociedade.
>
> Cabe aos sócios ocultos ação contra o sócio ostensivo, responsabilizando-o pelos prejuízos causados em virtude dos atos de disposição do patrimônio especial em desacordo com o contratado entre os sócios. Também cabem as ações destinadas a exigir que o sócio ostensivo atue em respeito às disposições do contrato social. Contudo, não estão legitimados a postular a invalidação de negócio jurídico já celebrado com terceiro de boa-fé,

[105] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.156.
[106] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.56, 1972.

mesmo motivados pelo desrespeito à finalidade à qual está subordinada a especialidade patrimonial, porquanto tal comprometimento vincula exclusivamente os sócios"[107].

Dito de outro modo, o sócio ostensivo, ao atuar no mercado, age em seu nome próprio, sendo que todo o seu patrimônio (seja ou não especial) é a garantia de seus credores (como dispõe a regra geral do art. 591 do Código de Processo Civil). Em uma eventual execução de um credor particular do sócio ostensivo, pois, não se poderá alegar como matéria de defesa a impenhorabilidade do bem ou direito decorrente do fato de que este estaria afetado para a exploração da atividade da conta de participação. Nestes termos, o fundo social da conta de participação responde pelas obrigações pessoais do sócio ostensivo, isto é, mesmo aquelas que não digam respeito aos negócios entabulados em favor da sociedade[108,109].

Além disso, os sócios participantes não podem impedir que o credor pessoal do ostensivo alcance os fundos sociais para satisfazer o seu

[107] WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil. In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Livro 2, v. 14, do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.107-108.

[108] Assim, o patrimônio especial pode ser atingido por outras dívidas do sócio ostensivo que não aquelas decorrentes do exercício do objeto social previsto na sociedade em conta de participação: "(...) o patrimônio especial só existe nas relações entre os sócios, de sorte que, do ponto de vista dos credores da sociedade, porque credores do sócio ostensivo, esse patrimônio geral do sócio ostensivo é garantia de pagamento de seus créditos, sejam esses créditos decorrentes das operações objeto da sociedade em conta de participação ou não". GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.156.

[109] Anteriormente podia-se dizer: exceto se o terceiro com quem o ostensivo contratou sabia da existência da conta de participação. Assim, "a ressalva existe não para proteger os sócios participantes, mas para proteger os credores da sociedade em conta de participação, em face dos credores do sócio ostensivo que, ao contratar com este, sabiam que os fundos sociais não garantiriam o seu crédito" (cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.67-68). Hoje em dia, entretanto, segundo GUSTAVO OLIVA GALIZZI (GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.87), tal situação não persiste no regime do novo Código Civil em face da não reprodução do conteúdo do art. 327 do vetusto Código Comercial, que assim dispunha: "Na mesma sociedade o sócio-gerente responsabiliza todos os fundos sociais, ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, *se o terceiro com quem tratou ignorava a existência da sociedade*; salvo o direito dos sócios prejudicados contra o sócio-gerente" (grifo nosso); da mesma forma, compreende ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO: em sua opinião, "[o] Código Comercial admitia a possibilidade de os fundos sociais não responderem pelos débitos de credor particular do sócio ostensivo que conhecesse a existência da sociedade (art. 327). A regra não foi repetida, o que acentua a absoluta indiferença da existência da sociedade perante os não sócios, isto é, perante aqueles que não participam das relações jurídicas societárias" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.156).

crédito[110]. Entretanto, parece não haver dúvida de que os sócios participantes podem ressarcir-se junto ao sócio ostensivo[111].

Por outro lado, dívidas originadas do exercício da atividade prevista no objeto social da conta de participação também poderão afetar todo o patrimônio do sócio ostensivo, ainda que não seja considerado especial. E isso porque, voltamos a ressaltar, o patrimônio especial é ineficaz perante terceiros.

Como leciona MAURO BRANDÃO LOPES:

> "(...) vista a questão do ponto de vista do terceiro contratante, parece absurdo e injusto que, obrigando-se para com ele só o gerente, o patrimônio aparente deste seja só parcialmente seu; a razão determinante do contrato pode perfeitamente residir na convicção, que terá o terceiro contratante, de que todos os fundos em poder do sócio ostensivo são realmente seus."[112]

Assim, podemos observar que, uma vez fixado que as entradas dos sócios são incorporadas ao patrimônio pessoal do sócio ostensivo (bem como os lucros auferidos pela atividade prevista no objeto social da conta de participação, mas ainda não distribuídos), tal incorporação se dá de uma forma capaz de deixar perceptível que tais entradas (e lucros ainda não distribuídos) formam um fundo social, algo diverso do restante do patrimônio do sócio ostensivo. Em outras palavras, as entradas (e lucros não

[110] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.65.

[111] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.87; LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.68.

[112] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.68; no mesmo sentido, ver CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.236 ("O fundo social da participação, incorporando-se ao patrimonio do socio gerente (...), os credores deste têm nelle tambem a sua garantia, e relativamente a esses socios não ha distincção entre os credores a titulo particular e os credores a titulo social. Para terceiros não existem a sociedade nem os socios participantes"). E por todo o exposto, não compreendemos o posicionamento de MARIA FINKELSTEIN, para quem, a despeito de ser pacífico (estando, inclusive, positivado no art. 994, § 1º, do Código Civil, mesmo porque o patrimônio especial passa a fazer parte do patrimônio do sócio ostensivo) que o patrimônio especial é ineficaz perante terceiros, entende no sentido de que o sócio ostensivo possui o direito de ver os seus bens excutidos somente após o esgotamento do patrimônio social (considerando, assim, que a responsabilidade do sócio ostensivo é solidária, apesar de subsidiária em relação à da conta de participação) (cf. REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In:* _____; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123-144, p.128, p.139).

distribuídos) referentes à conta de participação formam um patrimônio especial dentro do patrimônio geral do ostensivo, o qual, todavia, possui eficácia meramente interna[113].

É que os fundos sociais devem ser "(...) perfeitamente individuados, mediante indicação de seu montante e a determinação de sua composição; é necessário que se saiba o seu valor e quais bens o integram"[114]. Daí a importância do contrato social escrito (e da correta contabilização), sem o qual a individuação torna-se demasiadamente difícil, quiçá impossível em alguns casos.

Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto,

> "[o] patrimônio especial, assim, justifica-se para efeito de controle dos sócios quanto à sua utilização. Aos sócios ocultos são asseguradas medidas para proteger esse patrimônio, da mesma forma que ao sócio ostensivo fica atribuída a obrigação de preservá-lo afetado aos fins sociais. Na linha desse raciocínio, se, por exemplo, o sócio ostensivo, no exercício de sua atividade, utilizar-se indevidamente de um dos bens que compõem o patrimônio da sociedade em conta de participação ou se dele dispuser em proveito de outros negócios, o sócio oculto está legitimado para agir contra ele e haver a recomposição patrimonial ou a indenização correspondente."[115]

Desta forma, podemos constatar que a sociedade em conta de participação não possui nem capital nem patrimônio social (e, consequentemente, não tem estabelecimento próprio), conquanto exista um patrimônio especial, o qual é eficaz somente entre os sócios[116].

[113] O patrimônio especial também é de titularidade do ostensivo, titular do patrimônio geral. O que o diferencia do restante do patrimônio do ostensivo é a finalidade específica querida pela lei. A lei quer que o ostensivo o empregue unicamente nas atividades objeto da SCP, respeitando a sua separação (cf. Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.76-78).

[114] Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.75.

[115] Cf. Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.156-157.

[116] Almeida, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.48, 1972; Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.147; Carvalho de Mendonça, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.232; Pontes De Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.335, grifo do autor: "Não há *capital social* da sociedade em conta de participação. Há patrimônio em mão comum, ou não o há (cada sócio é dono da sua entrada, ou tôdos os direitos, objeto das entradas, se transferiram ao sócio participante ativo, ou aos participantes ativos)".

[117] Requião, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27.ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p.440. Também considerando que os bens e os direitos são transferidos fiduciariamente, ver Reis Finkelstein, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In:* _____; Martins Proença, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123-144, p.128-129.

E, por todo o exposto, a exata individuação do fundo social da conta de participação dentro do patrimônio geral do ostensivo apresenta como principal finalidade impedir a malversação dos bens que o compõem, permitindo que os sócios participantes realizem a devida fiscalização da atuação do ostensivo e que promovam a devida ação de responsabilidade em caso de má administração dos referidos bens.

Em conclusão, e diante da ampla liberdade na configuração do fundo social (e de todas as consequências que daí advêm, inclusive perante terceiros), o mais adequado, sempre, é que o contrato da sociedade em conta de participação regule de maneira detalhada a forma como se darão os aportes dos sócios (e a apuração e a distribuição dos resultados) para a formação dos recursos necessários para a exploração da atividade (especialmente se considerarmos a possibilidade de existência de copropriedade), o que, com certeza, ganha em importância no caso de falência (ou insolvência civil) de algum dos sócios – como veremos mais adiante.

Ainda, é importante reconhecer que o sócio ostensivo ocupa uma posição fiduciária, uma vez que, como salienta Rubens Requião, o sócio oculto (participante) transfere fiduciariamente os bens e os direitos para o ostensivo (além de este apurar os resultados da operação prevista no objeto social da conta de participação), os quais, ao passarem para o patrimônio dele, são por ele administrados com ampla discricionariedade – possui amplos poderes sobre o seu patrimônio, do qual faz parte o patrimônio especial – apesar das vinculações contratuais e legais existentes[117]. Tal reconhecimento faz com que incidam sobre o sócio ostensivo deveres extremamente fortes, mais fortes que em qualquer outra relação contratual (mesmo porque, como já salientavam Clóvis do Couto e Silva e Fábio Konder Comparato, é nas relações societárias que a boa-fé objetiva

manifesta-se em grau máximo)[118]. É possível, por conseguinte, equiparar os seus deveres aos deveres fiduciários (e responsabilidades) incidentes sobre os administradores de qualquer sociedade, a saber, deveres de diligência, de lealdade, de informar e de obediência[119].

14 - DIFERENTES FORMATAÇÕES

De modo semelhante a MAURO BRANDÃO LOPES, para melhor expormos as diferentes formatações possíveis de uma conta de participação, nós as dividiremos em duas modalidades, conforme a maneira como é arquitetada a sua estrutura operacional: a de I) *formatação básica* e a de II) *formatação complexa*[120].

14.1 Formatação Básica

Na formatação básica, são facilmente identificadas duas categorias de sócio, cabendo à gestão do empreendimento ao ostensivo, enquanto se queda inerte o participante à espera dos resultados que lhe cabem em troca do aporte com o qual se obrigou perante aquele. Como observa GUSTAVO OLIVA GALIZZI, na modalidade clássica, "[o]s polos contratuais são perfeitamente definidos; não há coincidência entre as figuras de sócio ostensivo e de sócio participante"[121].

Um passo rumo à sofisticação pode apontar para a utilização de uma SCP com vários sócios ostensivos, cada um responsável por um empreendimento, sendo assim o resultado de todos eles repartidos com os sócios participantes.

[118] Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.30-31; COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vera*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: ano 28, n.36, p.65-76, p.69, out.-dez. 1979.

[119] A respeito disso, bem assevera ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO: "O ostensivo age com ampla autonomia nas suas relações com terceiros, mas, perante os seus sócios ocultos, tem os deveres e as responsabilidades do administrador" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.155).

[120] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.54 e ss.

[121] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.126.

De qualquer forma, muitas são as variáveis pelas quais se pode apresentar a SCP. Como quer que seja, boa parte delas pode ser classificada em uma das três subespécies abaixo referidas.

14.1.1 Formatação básica para a participação em uma ou em algumas operações

Observa-se que a participação pode dizer respeito a somente uma ou a algumas operações específicas, como a importação e a posterior venda de uma mercadoria ou a construção de um prédio, por exemplo. A sociedade tem duração determinada até a ultimação dos referidos negócios, quando, então, deve ser dissolvida e liquidada.

14.1.2 Formatação básica para a participação duradoura em parte do negócio do ostensivo

Pode a conta de participação ser desenhada para que o sócio oculto participe, de forma duradoura, em uma parte específica do negócio do sócio ostensivo, como é o caso em que aquele contribui para a compra de uma máquina industrial ou de um equipamento de medicina por imagem em troca de uma participação na sua produção.

14.1.3. Formatação básica para a participação duradoura em todo o negócio do ostensivo

Dá-se quando o sócio oculto participa dos resultados de todo o negócio do sócio ostensivo, geralmente porque contribuiu, com capital, para a formação disso.

14.2 Formatação Complexa

Aqui as participações são cruzadas, isto é, os sócios são, a um só tempo, ostensivo e participante, variando conforme a operação em destaque. Como explica GUSTAVO OLIVA GALIZZI, "(...) todos os participantes são gestores, ou melhor, sócios ostensivos em seus respectivos negócios, ocupando a posição de participantes nos alheios"[122].

EUNÁPIO BORGES, em clássico exemplo desta formatação, supõe que A, dono de uma livraria, B, de uma sapataria, e C, de um armazém,

[122] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.126.

contratam uma SCP, pela qual partilharão os resultados que cada um tiver em seu negócio. Em relação à livraria, A é ostensivo, enquanto B e C são sócios participantes; em relação à sapataria, B é ostensivo, enquanto A e C são participantes; por fim, em relação ao armazém, C é ostensivo, ao passo que A e B são participantes. Assim, cada um dos três é ostensivo em um dos negócios e participante nos outros dois. A sociedade engendrada entre A, B e C é uma conta de participação da modalidade complexa, pois possui sócios que em algumas operações são ostensivos e em outras são participantes. Porém, apesar da complexidade interna, aos olhos de terceiros, nada muda. É como se os negócios primitivos continuassem os mesmos — e em essência continuam[123].

15 - SITUAÇÕES TÍPICAS

A sociedade em conta de participação possui enormes vantagens se comparada com outros instrumentos jurídicos (inclusive com outras sociedades), residindo aqui as razões para que ainda seja utilizada em diversas situações.

Uma das formas mais usadas de sociedade em conta de participação se dá na construção civil, quando investidores entregam dinheiro (e/ou bens) para uma construtora que o aplica na edificação de prédios, cujas unidades são posteriormente comercializadas, repartindo-se o resultado da operação com os sócios participantes (investidores).

Uma variante de tal negócio é o empreendimento pelo qual são construídos prédios de apart-hotel *(flats)* com o dinheiro de investidores, os quais recebem, em retorno, unidades, sendo transferido o uso de tais imóveis, por meio de uma sociedade em conta de participação, para uma administradora, a qual opera como sócia ostensiva, locando os apartamentos e repartindo os resultados da exploração do empreendimento com os sócios participantes. Tal sociedade, por exemplo, pode demonstrar-se em um ótimo investimento imobiliário se comparada à compra de imóveis para a locação, uma vez que o risco do imóvel ficar desocupado e não render nenhum fruto (aluguéis) é menor (mesmo porque, no caso do *flat*, ainda que o apartamento de determinado investidor fique desocupado, os lucros são repartidos entre todos os investidores e ficam na dependência do desempenho global do empreendimento) e, por exemplo, inexistem os problemas com a desocupação de inquilinos inadimplentes.

Uma outra forma de utilizar a conta de participação ocorre na aquisição de equipamentos de custo elevado. Com efeito, algumas máquinas industriais chegam a custar milhões, existindo sociedades que não dispõem de recursos suficientes para a sua aquisição ou não lhes é conveniente imobilizar altas somas em um único ativo. Pois bem, uma forma eficiente para viabilizar a compra do maquinário é a contratação de uma sociedade em conta de participação com eventuais investidores (sócios participantes), os quais aportam todo ou parte do capital necessário, ficando o sócio ostensivo responsável pela operação disso. Como forma de participação nos resultados, os investidores podem ficar, por exemplo, com um determinado percentual das unidades produzidas pelo equipamento. Esta modalidade é utilizada, por exemplo, por sociedades que desejam aumentar o seu parque industrial ou por aquelas que estão recém iniciando a operar e, por isso mesmo, muitas vezes não dispõem dos recursos necessários.

Já pudemos observar a constituição de sociedade em conta de participação para a aquisição de prensas industriais, cujos sócios participantes forneciam o capital para a compra do equipamento, auferindo, em contrapartida, determinada quantia por peça extraída; aqui, a operação das máquinas ficava sob a responsabilidade da sócia ostensiva, conhecida indústria do ramo.

Agora, para comprovar a grande utilidade da conta de participação como instrumento de captação de recursos e de alocação de riscos, imaginemos um parque industrial com 20 prensas, cada qual adquirida com os recursos advindos de uma conta de participação diferente, tendo sempre como sócia ostensiva a referida indústria e como sócios participantes investidores distintos, os quais nada cobram da ostensiva senão uma participação na produção do equipamento. Sem dúvida, pode ser essa uma alternativa menos onerosa do que os empréstimos bancários e muito menos complexa do que a capitalização por oferta pública de ações ou de títulos de investimento, tais como debêntures ou *commercial papers*, típicas fontes de financiamento da sociedade anônima.

No mesmo sentido, já nos deparamos com a constituição de sociedade em conta de participação para a aquisição de sofisticado equipamento de

[123] BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.327. Fornecendo exemplo semelhante, ver GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.146-147.

medicina por imagem, tendo sido pactuado entre os sócios que aos investidores (participantes) cabia um percentual da quantia cobrada por exame realizado, ficando a operação a cargo da clínica, sócia ostensiva.

Igualmente, já presenciamos a utilização de sociedade em conta de participação por empresa vencedora de licitação pública para a exploração de aterro sanitário de determinado Município, cujos incineradores de resíduos sólidos nele utilizados haviam sido aportados por sócios investidores, que recebiam um percentual da receita advinda do contrato público.

Em outra oportunidade, a conta de participação serviu de instrumento de investimento em animais reprodutores. Pode ela servir, também, para a exploração de terras cultiváveis e para a aquisição de maquinário agrícola.

Ainda, cada vez mais comum é a utilização da sociedade em conta de participação como instrumento de investimento de capital de risco em empresas em fase inicial de operação, que, por isso mesmo, necessitam de recursos para desenvolver as atividades as quais se propõem; neste sentido, a conta de participação pode figurar como instrumento simples e célere para o aporte dos recursos necessários.

Da mesma maneira, uma sociedade de participações (*holding*), cujo objetivo é justamente lucrar com a participação em outras sociedades, pode obter recursos para investir nestas pela celebração de sociedades em conta de participação com outros investidores, sem a necessidade de aceitá-los em seu quadro social, e podendo, assim, circunscrever a participação destes a tal e qual negócio, sem que isso importe a aceitação de um ou de mais novos sócios para todos os negócios da sociedade.

Outro exemplo de fácil entendimento e que bem ilustra uma sociedade em conta de participação foi dado por ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

> "J. Silva & Cia., dedicada ao comércio de tecidos, ajusta com Pedro e com Paulo uma sociedade em conta de participação para a aquisição de um determinado lote de fazendas, cada qual contribuindo com 1/3 do custo, sendo J. Silva & Cia. o sócio ostensivo e os outros dois os ocultos ou participantes. As fazendas são adquiridas por J. Silva & Cia., sendo por ela vendidas no seu estabelecimento. O vendedor das fazendas celebra o negócio apenas com J. Silva & Cia., ignorando (sendo-lhe indiferente, se o conhecer) seu ajuste com Pedro e Paulo para aquisição dessas mercadorias. De sua parte, os compradores que as adquirem no varejo também não têm ciência da sociedade, tratando, exclusivamente, com a vendedora, J. Silva & Cia. Do resultado obtido com a revenda das mercadorias, deduzem-se as despesas, eventual remuneração do sócio ostensivo e o saldo é distribuído à razão de um terço para cada qual deles."[124]

É possível, também, a existência de sociedade em conta de participação com vários sócios ostensivos e vários participantes (ocultos). Veja-se o excelente exemplo (já anteriormente mencionado) de EUNÁPIO BORGES, para quem

> "[d]uas espécies de sócios tem essa sociedade: o sócio *ostensivo* ou *gerente* e o sócio *oculto* ou *participante*. Um ou mais de cada espécie. Nada impede que sejam todos comerciantes. Cada um dos quais será em relação a terceiros e aos outros sócios, simultaneamente, sócio *ostensivo* e sócio *oculto*. Suponha-se que *A* dono de uma livraria, *B* de uma sapataria e *C* de um armazém contratem uma sociedade em conta de participação, obrigando-se a partilhar os lucros e prejuízos que cada um dêles tiver no respectivo estabelecimento. Em relação à livraria, *A* será o ostensivo, e *B* e *C* os ocultos; em relação à sapataria, será *B* o ostensivo, e, do mesmo modo, *C* será o sócio ostensivo, quanto ao armazém. Perante terceiros, a sociedade não trará qualquer alteração. Cada um dos sócios terá os seus credores e os seus devedores. A *sociedade*, como tal, não se obriga nem adquire direitos, *não existe*, perante terceiros. É que, de fato, como vimos, de sociedade tem ela o nome, não a natureza. Os direitos e deveres recíprocos dos sócios serão os que forem fixados no contrato que determinará, entre outras, a percentagem de cada um nos lucros e perdas, a forma de se fiscalizarem reciprocamente, etc. Nada impede que pessoas jurídicas figurem como sócios, na qualidade de participantes ou de ostensivos; no exemplo figurado, a situação seria a mesma, se *A*, *B* e *C* fossem, em vez de comerciantes individuais, sociedades mercantis"[125].

---

[124] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.146.

[125] BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.327, grifo do autor.

16 - Associação à Quota

O Código Comercial, de 1850 (art. 334), e o Código Civil de 1916 (art. 1.388) traziam, expressamente, aquilo que alguns consideram uma espécie de sociedade em conta de participação: a associação à quota, também conhecida como agregação de sócio.

Por meio desta, pode o sócio de determinada sociedade associar, à sua participação, outra pessoa, sem que esta adquira a condição de membro da sociedade preexistente (CCom, art. 334). Tal situação acarreta a formação de uma segunda sociedade (uma sociedade de segundo grau ou subsociedade), sem que o agregado se torne sócio dos demais — o único que tem a qualidade de sócio é o agregador.

Como refere Egberto Lacerda Teixeira, "o sócio convenciona com terceiro a divisão dos lucros e das perdas correspondentes à quota que possui na sociedade. Trata-se de ajuste particular entre o sócio e o seu agregado, feito à margem da sociedade principal e à sua inteira revelia"[126].

E, para associar um estranho ao seu quinhão, não necessita o sócio da anuência dos demais (CC/16, art. 1.388), que não possuem, a princípio, qualquer interesse no pacto havido entre eles, cuja eficácia é externa à sociedade.

O agregado, entretanto, não possui pretensão direta em relação à sociedade primitiva (não pode pretender o recebimento direto de dividendos, a exibição de livros ou a sua dissolução, por exemplo), porque lhe falta o *status* de sócio[127]. "Sócio de sócio não é sócio da sociedade principal"[128]. Tem aquele, tão-somente, direitos em relação ao sócio originário que o agregou.

Note-se que a agregação à quota não apresenta nenhuma relação com a cessão de quota, esta sim, via de regra, obstaculizada nas sociedades de pessoas, pois irradia efeitos intrassocietários pelo ingresso de novo sócio.

[126] Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.234-235; Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.256.

[127] Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.235; Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.256.

[128] Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.236; Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.258.

Também não se deve confundir agregação à quota com copropriedade ou condomínio sobre quota. Esta figura, geralmente oriunda da sucessão *causa mortis*, tem efeitos bem diversos da agregação, pois, a rigor, os condôminos são sócios, enquanto que os agregados não o são[129].

É importante salientar que, a despeito de o novo Código Civil não ter feito nenhuma referência direta à associação à quota, ao não proibi-la, manteve a possibilidade de sua utilização, de sua interpretação em consonância com o princípio da liberdade contratual. Ademais, há quem, como Alfredo de Assis Gonçalves Neto, reconheça no art. 1.003 do Código de 2002 uma referência indireta à agregação de sócio[130].

Deste modo, é lógico vislumbrar, na associação à quota, uma verdadeira sociedade em conta de participação, na qual o sócio ostensivo é aquele que detém a participação (quotas ou ações) em uma (ou várias) outra sociedade, enquanto que aquele que a ele se associa é o sócio participante (ou oculto). A associação à quota, portanto, e como já referia Mauro Brandão Lopes, é verdadeira conta de participação[131], apesar de tal entendimento não ser unânime[132].

[129] Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.235; Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.256.

[130] Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.183-184, grifo do autor: "Na regra parece estar contemplada a figura da *associação à quota*, que, no domínio da legislação anterior, integrava o regramento tanto das sociedades comerciais (CCom, art. 334) como das sociedades civis (CC/1916, art. 1.388). Na associação à quota, o sócio celebra o contrato com um parceiro sem necessitar do consentimento de nenhum outro sócio. É certo que na associação à quota, diferentemente do que ocorre com a cessão, não há substituição de sócio (o sócio não se demite da qualidade de sócio), mas os termos da associação não encontram nenhuma limitação. Por isso, penso que, na falta de proibição e diante da previsão de valer entre as partes a cessão de quotas sem o concurso da vontade dos demais sócios, continua franqueado o ajuste associativo que a legislação revogada expressamente regulava".

[131] Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.43-44.

[132] Alfredo de Assis Gonçalves Neto não vislumbra na associação à quota uma conta de participação ("(...) não se confunde a sociedade em conta de participação com o contrato de *associação à quota social* (contrato de agregação). Nesse contrato, o sócio (agregador) associa alguém (agregado) ao quinhão social que possui em uma sociedade já existente para que ambos compartilhem os direitos desse quinhão, se e como lhe forem atribuídos (recebimento de dividendos, exercício da fiscalização ou administração indireta, etc.), ao passo que naquela pode não existir qualquer sociedade (sócio ostensivo empresário individual), implicando essa parceria participação direta nos resultados. Por igual, na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo deve ser empresário, realizando-se os fins sociais no âmbito do exercício de sua atividade econômica, enquanto que o agregante não precisa ser empresário nem atuar em atividade alguma, bastando-lhe ostentar o *status socii*", cf. Gonçalves Neto, Alfredo de Assis.

17 - INGRESSO DE NOVOS SÓCIOS

Prescreve o art. 995 do Código Civil que, salvo disposição em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais[133].

Tal dispositivo demonstra, inequivocamente, umas das principais características da sociedade em conta de participação: a pessoalidade da relação entre os sócios. Em outras palavras, trata-se, em regra, de sociedade pertencente à categoria das sociedades de pessoas – sendo as características pessoais dos sócios essenciais para a constituição e para a continuidade da sociedade[134].

Logo, novos sócios não podem ser aceitos à revelia dos demais (participantes e ostensivos), inclusive porque o ingresso de novos sócios pode acarretar "(...) uma diminuição da expectativa de lucros por parte daqueles que já fazem parte da sociedade há algum tempo"[135].

E, apesar de omissa a legislação, também se deve entender o contrário. Neste sentido, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO assevera que, mesmo não havendo disposição expressa,

> "(...) a recíproca é verdadeira - ou seja, também o sócio oculto, ainda que perfaça a maioria do capital social, não pode admitir o ingresso de novo sócio sem o consentimento do sócio ostensivo.
>
> Trata-se de disposição que impõe a unanimidade para a movimentação de ingresso e saída de qualquer sócio, como está no art. 999, mas sem o caráter cogente deste"[136].

Por outro lado, o Código Civil autoriza que as partes disponham sobre a matéria de modo diverso, admitindo o sócio ostensivo novos sócios – sendo que o contrário também poderia ser possível de se imaginar[137,138].

Assim, é lícito que a SCP assuma características de sociedade de capital[139], o que fica ainda mais evidenciado quando adota um mecanismo de livre transferência das participações dos sócios. E como não há norma proibindo a transmissão de participações entre sócios (o art. 995 refere-se apenas à admissão de novos sócios), seria possível presumir a livre transferência disso, independentemente da anuência de qualquer sócio, ostensivo ou participante, como atesta ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO[140]. Todavia, tendemos a acreditar que tal interpretação é um tanto quanto extensiva, uma vez que, via de regra, é a conta de participação uma sociedade de pessoas; ainda, na ausência de regra específica dentro deste tipo societário, aplica-se o art. 1.003 do Código Civil (nos termos do art. 996, primeira parte). Assim, para que a cessão de participação societária tenha eficácia perante a sociedade, é necessário o consentimento dos sócios, salvo disposição em contrário.

Além disso, com efeito, acreditamos ainda mais nisso se considerarmos a possibilidade de transferência da participação societária do sócio ostensivo, cuja situação é muito mais delicada que a transferência da

---

Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.149, grifo do autor).

[133] "Restrição semelhante constava no Código Comercial, embora não diretamente relacionada com a sociedade em conta de participação, mas integrante do regime jurídico das sociedades comerciais onde ela foi incluída (art. 334, 1ª parte)" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.158).

[134] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.322; FOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008, v.1, p.282; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.150; ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.58, 1972; REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In:* _____; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.123-144, p.128-129.

[135] Cf. DUCLERC VERCOSA, Haroldo Malheiros. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.303.

[136] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.150, p.158.

[137] E como ressalta ARNOLDO WALD, os sócios podem regrar, então, da forma que melhor lhes aprouver (inclusive estabelecendo critérios objetivos), como se pode dar a entrada de novos sócios (cf. WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil. In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Livro 2, v.14, do Direito de Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.110).

[138] Todavia, assevera o Professor da Universidade Federal do Parará que tal situação encontra limites "(...) nos direitos individuais do sócio oculto que não pode ver diluída sua participação na sociedade sem que isso consinta. Isso significa que, havendo cláusula contratual permitindo o ingresso e a saída de sócio à escolha do sócio ostensivo, tais operações devem ocorrer mediante transmissões de participações, quer do próprio sócio ostensivo, quer de outro sócio" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.158).

[139] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.150; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2008, v.1, p.282.

[140] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.158.

participação do sócio oculto, pois tem a potencialidade de afetar o desenvolvimento da atividade prevista no objeto social da sociedade, como destaca HERNANI ESTRELLA:

> "(...) o sócio ostensivo, que executa as operações constituintes da participação, não pode fazer-se substituir nesse posto, sem aprazimentos dos demais consócios. A vedação é lógica, porque, se é verdade que só tal sócio, e unicamente ele, se obriga perante terceiro, não é, por igual, menos verdade que a consideração de sua pessoa é, para muitos efeitos, razão decisiva. A *electio personae* tem, aqui, suma importância, eis que, nas mais das vezes, dela depende o êxito do empreendimento."[141]

E, neste caso, entende-se de modo mais pacífico que deve existir previsão contratual expressa que assim autorize — o que traz garantia aos demais sócios[142]; de qualquer forma, remetemos, mais uma vez, aos ensinamentos de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

> "É claro que, para que o sócio ostensivo transfira sua participação a outro sócio, é necessário que o adquirente atue no mesmo ramo de atividade desenvolvida por aquele. A sociedade em conta de participação tem sua atividade exercida pelo sócio ostensivo, no desenvolvimento de sua própria atividade onde está inserida e, dessa forma, a mudança de comando há de observar a possibilidade de o adquirente poder dar continuidade ao empreendimento que constitui o objeto social."[143]

Por todo o exposto, não se duvida de que a SCP é uma sociedade na qual a qualidade do sócio, sobretudo do ostensivo, é fator que se sobressai em relação ao próprio capital aportado no empreendimento, havendo verdadeiro vínculo pessoal entre o sócio participante e o ostensivo. Assim, para o ingresso de novos sócios, é preciso o consentimento unânime dos demais, salvo disposição em contrário, o que confere à conta de participação um aspecto de sociedade de capital. Do mesmo modo, entendemos que assim se deve operar no que diz respeito à transferência das participações societárias. Aqui, caso ocorra a emissão de títulos negociáveis, que veremos

[141] ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p.348, grifo do autor.

[142] Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.158.

[143] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.158-159.

no próximo ponto, até se pode considerar que está implícita a vontade dos sócios de que as participações circulem livremente[144].

18 – EMISSÃO DE TÍTULOS

Por se tratar de uma sociedade de pessoas — existindo, ainda, restrições, via de regra, quanto à entrada de novos sócios —, pode ser polêmica a questão atinente à possibilidade de emissão de títulos.

Ainda, como a sociedade em conta de participação não possui capital social nem personalidade jurídica (e, portanto, não pode assumir obrigações), ela não pode emitir títulos em nome próprio[145].

Nada impede, porém, que o sócio ostensivo o faça em relação às quotas dos sócios participantes, se assim estiver permitido no contrato. Estes títulos não seriam, deste modo, emitidos pela SCP, mas sim pelo sócio ostensivo, que possui capacidade para assumir as respectivas obrigações diante dos participantes e terceiros[146].

Como salienta MAURO BRANDÃO LOPES, a conta de participação "(...) tem fundos sociais, e os títulos ou certificados atestariam a participação de seu portador em tais fundos e consequentemente nos lucros e prejuízos eventuais (...)"[147]. "O único requisito para melhor funcionamento de tal esquema é a divisão do capital em partes iguais, a fim de facilitar a participação proporcional nos lucros e nas perdas; e, evidentemente, a limitação das perdas ao valor da própria participação tornará maior a sua negociabilidade"[148].

[144] "Quando a sociedade em conta de participação é constituída com a emissão de títulos negociáveis, nos moldes em que a admitiu o Dec.-Lei 1.134/1970, certamente não incide a restrição, dado que a vontade dos sócios foi, precisamente, permitir a livre negociação das participações" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.158). Por seu turno, para MAURO BRANDÃO LOPES, a livre circulação deve estar expressa no contrato da sociedade (LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.79 e ss.).

[145] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.51, 1972.

[146] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.79 e ss.; no mesmo sentido, ver ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.52, 1972.

[147] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.81.

[148] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.80-81

18.1 Certificados Meramente Comprobatórios da Condição de Sócio

Para OSCAR BARRETO FILHO, os certificados em questão devem ser encarados como simples documentos comprobatórios da relação jurídica existente entre o sócio ostensivo e os participantes — servem apenas como uma espécie de prova da condição de sócio. Para o referido autor, tais documentos estariam despidos da característica de livre transmissibilidade, não possuindo a qualidade, também, de título de crédito, pois àqueles não se incorpora nenhum direito autônomo. São, portanto, intransferíveis por meio de endosso, não sendo negociáveis, tampouco podendo ser cotados em Bolsa[149].

18.2 Certificados Transmissíveis da Condição de Sócio

Como refere ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, a sociedade em conta de participação

> "(...) pode assumir vestes de *sociedade de capital*, quando adota sistema de livre transferência das participações. É o que ocorre quando as respectivas quotas são representadas por títulos, suscetíveis de transmissão sem necessidade de anuência de seus sócios. Mas, para que ela assim se caracterize, é preciso que haja ajuste expresso, porquanto sem este o caráter de sociedade *intuitu personae* mostra-se evidente na regra que proíbe o sócio ostensivo admitir novo sócio sem o consentimento dos demais (CC, art. 995)."[150]

Na mesma direção é a opinião de MAURO BRANDÃO LOPES, para quem a transferência das quotas sociais do sócio participante é possível pela transmissão de título representativo destas últimas, desde que haja previsão contratual neste sentido[151].

Assim, além dos *certificados meramente comprobatórios da condição de sócio*, vistos no item anterior, o sócio ostensivo poderia ir mais adiante, emitindo certificado transmissível da condição de sócio, e não meramente comprobatório da condição de sócio, título esse que pode ser nominativo ou ao portador (ou mesmo à ordem)[152].

A própria legislação brasileira já albergou, expressamente, a possibilidade de emissão de tais certificados. Tratava-se do Decreto-Lei nº 1.134/70, regulamentado pelo Decreto nº 68.565/71, que possibilitou às pessoas jurídicas descontar até 50% do valor do Imposto de Renda devido na declaração de rendimentos desde que destinassem o referido montante para a efetiva aplicação em empreendimentos florestais (de florestamento e de reflorestamento), cujos projetos tivessem sido aprovados pelo então existente Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal/IBDF. Tal investimento poderia ser feito por meio da celebração de uma sociedade equiparada, por lei, a uma SCP, cujo sócio ostensivo seria a empresa responsável pelo empreendimento florestal e pela emissão dos Certificados de Participação em Reflorestamento, ficando de sócio participante a pessoa jurídica que se valia do incentivo fiscal (dedução do IR) mediante a aquisição de tais títulos. Assim, em contrapartida ao investimento, o sócio ostensivo emitia um Certificado de Participação em Reflorestamento correspondente ao aporte, sendo tais certificados adquiridos pelos sócios participantes — aqui, pessoas interessadas em se valer do benefício fiscal. Frisamos, ainda, que os respectivos títulos, por determinação legal, tinham a forma nominativa e só podiam ser transferidos depois de cinco anos após a data em que, a critério do IBDF, tivesse sido executado o empreendimento florestal. Por fim, salientamos que tal regramento foi extinto pelo Decreto nº 96.233/88, o qual adotou outra sistemática de incentivos fiscais, extirpando, então, a conta de participação como forma de implantação de projetos de reflorestamento.

19 – FISCALIZAÇÃO E DEVER DE PRESTAR CONTAS

É inerente à condição de sócio em qualquer tipo de sociedade o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais. Como observa MAURO BRANDÃO LOPES, esse é um direito essencial do sócio e não há qualquer razão para pretender que tal regra não se aplique à conta de participação[153].

Na realidade, a fiscalização, como direito essencial, nasce quando do surgimento de tipos societários nos quais nem todos os sócios participavam

[149] BARRETO FILHO, Oscar. *Regime jurídico das sociedades de investimentos*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.192-194.

[150] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.150; grifo do autor.

[151] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.79 e ss. Em sentido contrário: BARRETO FILHO, Oscar. *Regime jurídico das sociedades de investimentos*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.191 e ss.

[152] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.80.

[153] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.97.

18.1 Certificados Meramente Comprobatórios da Condição de Sócio

Para Oscar Barreto Filho, os certificados em questão devem ser encarados como simples documentos comprobatórios da relação jurídica existente entre o sócio ostensivo e os participantes – servem apenas como uma espécie de prova da condição de sócio. Para o referido autor, tais documentos estariam despidos da característica de livre transmissibilidade, não possuindo a qualidade, também, de título de crédito, pois àqueles não se incorpora nenhum direito autônomo. São, portanto, intransferíveis por meio de endosso, não sendo negociáveis, tampouco podendo ser cotados em Bolsa[149].

18.2 Certificados Transmissíveis da Condição de Sócio

Como refere Alfredo de Assis Gonçalves Neto, a sociedade em conta de participação

> "(...) pode assumir vestes de *sociedade de capital*, quando adota sistema de livre transferência das participações. É o que ocorre quando as respectivas quotas são representadas por títulos suscetíveis de transmissão sem necessidade de anuência de seus sócios. Mas, para que ela assim se caracterize, é preciso que haja ajuste expresso, porquanto sem este o caráter de sociedade *intuitu personne* mostra-se evidente na regra que proíbe o sócio ostensivo admitir novo sócio sem o consentimento dos demais (CC, art. 995)."[150]

Na mesma direção é a opinião de Mauro Brandão Lopes, para quem a transferência das quotas sociais do sócio participante é possível pela transmissão de título representativo destas últimas, desde que haja previsão contratual neste sentido[151].

Assim, além dos *certificados meramente comprobatórios da condição de sócio*, vistos no item anterior, o sócio ostensivo poderia ir mais adiante, emitindo certificado transmissível da condição de sócio, e não meramente comprobatório da condição de sócio, título esse que pode ser nominativo ou ao portador (ou mesmo à ordem)[152].

A própria legislação brasileira já albergou, expressamente, a possibilidade de emissão de tais certificados. Tratava-se do Decreto-Lei nº 1.134/70, regulamentado pelo Decreto nº 68.565/71, que possibilitou às pessoas jurídicas descontar até 50% do valor do Imposto de Renda devido na declaração de rendimentos desde que destinassem o referido montante para a efetiva aplicação em empreendimentos florestais (de florestamento e de reflorestamento), cujos projetos tivessem sido aprovados pelo então existente Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal/IBDF. Tal investimento poderia ser feito por meio da celebração de uma sociedade equiparada, por lei, a uma SCP, cujo sócio ostensivo seria a empresa responsável pelo empreendimento florestal e pela emissão dos Certificados de Participação em Reflorestamento, ficando de sócio participante a pessoa jurídica que se valia do incentivo fiscal (dedução do IR) mediante a aquisição de tais títulos. Assim, em contrapartida ao investimento, o sócio ostensivo emitia um Certificado de Participação em Reflorestamento correspondente ao aporte, sendo tais certificados adquiridos pelos sócios participantes – aqui, pessoas interessadas em se valer do benefício fiscal. Frisamos, ainda, que os respectivos títulos, por determinação legal, tinham a forma nominativa e só podiam ser transferidos depois de cinco anos após a data em que, a critério do IBDF, tivesse sido executado o empreendimento florestal. Por fim, salientamos que tal regramento foi extinto pelo Decreto nº 96.233/88, o qual adotou outra sistemática de incentivos fiscais, extirpando, então, a conta de participação como forma de implantação de projetos de reflorestamento.

19 – Fiscalização e Dever de Prestar Contas

É inerente à condição de sócio em qualquer tipo de sociedade o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais. Como observa Mauro Brandão Lopes, esse é um direito essencial do sócio e não há qualquer razão para pretender que tal regra não se aplique à conta de participação[153].

Na realidade, a fiscalização, como direito essencial, nasce quando do surgimento de tipos societários nos quais nem todos os sócios participavam

---

[149] Barreto Filho, Oscar. *Regime jurídico das sociedades de investimentos*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.192-194.

[150] Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.150, grifo do autor.

[151] Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.79 e ss. Em sentido contrário: Barreto Filho, Oscar. *Regime jurídico das sociedades de investimentos*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.191 e ss.

[152] Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.80.

[153] Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.97.

da gestão do empreendimento. A estes, era essencial ter um mecanismo de controle sobre a forma como era gerido o seu investimento.

O próprio parágrafo único do art. 993 traz essa *ratio*, quando estatui que os sócios participantes, apesar de não poderem engajar-se nas relações do sócio ostensivo com terceiros – leia-se participar na gestão externa das atividades, sob pena de, em assim o fazendo, responderem solidariamente pelos atos praticados –, podem fiscalizar a gestão da sociedade. Em outras palavras, como na sociedade em conta de participação há uma categoria de sócio excluída da administração externa da sociedade, cabe àquela o direito de fiscalizar a gestão do sócio ostensivo.

Desta maneira, o sócio participante deve ter acesso aos documentos referentes à conta de participação, à correspondência, aos contratos, aos livros, aos extratos bancários de conta corrente e de aplicações financeiras[154], entre outros.

E se, para tanto, for preciso, pode o participante manejar a competente ação cautelar de exibição de documentos, aí incluída a exibição de livros comerciais. Neste sentido, já se manifestou o Poder Judiciário:

> *"Apelação Cível. Dissolução e Liquidação de Sociedades. Apuração de Haveres. Sociedade em Conta de Participação. Projeto de Reflorestamento.* Affectio Societatis. *Preliminares Rejeitadas.* (...) 5. A existência de sociedade em conta de participação mantida entre o autor, como um dos sócios participantes, e a empresa ré, como sócia ostensiva, é fato incontroverso nos autos, a teor do que estabelece o art. 334, II, do CPC. 6. A exploração da atividade é realizada tão-somente pelo sócio ostensivo, que a faz por sua conta e risco, e em nome próprio. Por outro lado, o sócio participante tem sua participação limitada aos resultados do empreendimento, geralmente ingressando com o capital necessário para a realização do objeto. 7. (...), *o sócio participante tem o direito de fiscalizar a administração dos negócios.* 8. No caso dos autos, o autor se diz inconformado com a administração do projeto de reflorestamento, em especial no que se refere à ausência de informações acerca da rentabilidade do empreendimento, *manejando, inclusive, medida cautelar de exibição de documentos.* (...)" (Apelação Cível nº 70025256934, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 15.04.2009) (trechos selecionados do acórdão e com grifo nosso).

A outra face da mesma moeda é o dever de o sócio ostensivo prestar contas da gestão social, obrigação advinda da própria natureza da posição deste último, que é a de administrador de bens alheios, e que decorre do genérico dever de informar, imposto a todos aqueles que gerem o patrimônio de outrem[155].

Vale também referir que decorre da essência da sociedade em conta de participação o dever de prestar contas por parte do sócio ostensivo, já que é próprio da estrutura deste tipo societário a existência de um sócio que administra o empreendimento (ostensivo) e outro que apenas participa dos resultados (participante). Assim, pela própria natureza do tipo societário, que, por regra, possui uma categoria de sócio que não participa da gestão do empreendimento, o sócio ostensivo possui a obrigação de manter um fluxo constante de informações no sentido de manter o sócio oculto (participante) devidamente a par do andamento dos negócios em operação. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a obrigação do sócio ostensivo em prestar contas:

> *"Sociedade em Conta de Participação. Pedido de Prestação de Contas Formulado Pelo Sócio Oculto. As contas deverão ser pedidas ao sócio ostensivo que administra os fundos comuns. Sendo aquele uma pessoa jurídica, esta acha-se obrigada à prestação de contas"* (Recurso Especial nº 23502/SP, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, j. 13.09.1993) (grifo nosso).

Quanto à importância de o sócio ostensivo manter o sócio participante informado sobre as atividades, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no mesmo acórdão acima referido, realçando, inclusive, a possibilidade de dissolução da sociedade por ocasião da violação do dito dever de informar:

> *"Apelação Cível. Dissolução e Liquidação de Sociedades. Apuração de Haveres. Sociedade em Conta de Participação. Projeto de Reflorestamento.* Affectio Societatis. *Preliminares Rejeitadas.* (...) 11. O sócio tem o

[154] É importante referir que constitui prática relativamente comum dos contratantes desse tipo de sociedade a abertura de conta corrente específica para a movimentação dos recursos relacionados à conta de participação.

[155] Na verdade, via de regra, os bens aportados pelo participante passam à titularidade do ostensivo, mas isso não o desobriga do dever de prestar contas, mormente pelo caráter excepcional como se dá o ingresso desses bens no patrimônio do ostensivo, uma vez que tais bens ficam afetados a uma atividade específica, formando espécie de patrimônio especial dentro do patrimônio geral do ostensivo.

DOUTRINA NACIONAL
REVISTA JURÍDICA EMPRESARIAL 12
JANEIRO/FEVEREIRO 2010

direito de se retirar da sociedade por prazo determinado, provando judicialmente justa causa. *A falta de informações sobre o empreendimento, principalmente quanto à aplicação dos recursos e ao retorno do investimento, constitui, por certo, justa causa a ensejar a dissolução parcial*. Inteligência do art. 1.029 do CC. Rejeitadas as preliminares suscitadas e, no mérito, negado provimento ao recurso" (Apelação Cível nº 70025256934, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 15.04.2009) (trechos selecionados do acórdão e com grifo nosso).

Todavia, cumpre frisar, como MAURO BRANDÃO LOPES já asseverava, que a própria prestação de contas não é só um dever do ostensivo, mas também um verdadeiro direito seu, por meio do qual se desobriga perante os participantes ao prestá-la[156].

Nada dispondo o art. 993, parágrafo único, do Código Civil sobre como deve se operar a prestação de contas e a consequente fiscalização, é conveniente que se fixem as épocas, o modo e a forma que aquela se deve realizar[157]. Deve-se ressaltar aqui, especialmente nos casos de objeto social de longa duração, que se estipulem os períodos normais de prestação de contas[158].

Assim, recomenda-se que o contrato social da conta de participação preveja um fluxo contínuo de informações na direção do sócio participante, as quais teriam por objetivo mantê-lo adequadamente informado acerca do andamento dos negócios sociais. Para tanto, pode ser estatuído o direito de o sócio participante receber, mensalmente, o relatório das atividades do sócio ostensivo, relacionadas à conta de participação, acompanhado de outros documentos, tais como as cópias de contratos celebrados, os extratos bancários das contas relacionadas ao empreendimento comum, o comprovante do recolhimento de tributos, entre outros[159]; igualmente, podem-se fixar quais são os documentos que ficarão à disposição do sócio participante e quais são os dias e os horários adequados para que sejam compulsados, por exemplo.

No entanto, como observa ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, "(...) é lícito aos sócios prever que as contas só sejam prestadas ao final, por ocasião de sua dissolução — o que é compatível com sociedades ajustadas por prazo certo ou para a realização de um único empreendimento"[160].

Por outro lado, porque nada dispõe o contrato social sobre as épocas e o modo como se deve operar a fiscalização ou a prestação de contas, e porque o art. 993, parágrafo único, é omisso a respeito disso, aplicam-se as regras atinentes às sociedades simples (mais exatamente os arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil), nos termos como está ordenado pelo art. 996.

Quanto à forma, cumpre destacar que, tendo em vista não existir menção sobre a maneira como as contas devem ser prestadas (como também acontece no que concerne ao art. 996 do Código Civil, que veremos mais adiante), é conveniente que o contrato social também defina este ponto, sendo que, se nada dispuser a respeito, as contas devem ser prestadas em forma mercantil. Trata-se, portanto, de aplicar analogicamente as disposições previstas para as contas dos administradores das sociedades[161].

Ainda quanto ao direito de fiscalizar (e ao dever de prestar contas), deve-se salientar que tal direito (e o seu consequente dever), por óbvio, restringe-se à conta de participação, ou seja, tão-somente aos livros, aos lançamentos e aos documentos relativos à sociedade[162]. Ademais, as

---

[156] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.100.

[157] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.154; igualmente, assim já reconhecia ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.58, 1972.

[158] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.58, 1972. Nessa mesma linha de raciocínio, MAURO BRANDÃO LOPES assevera que, quando a conta de participação for contratada por prazo indeterminado ou mesmo quando a operação específica for de longa duração, a prestação de contas far-se-á em certa periodicidade, mensal, trimestral, semestral ou anualmente, tomando o lugar dos balanços e balancetes levantados pelo ostensivo (LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.99).

[159] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.160.

[160] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.160. Igualmente, MAURO BRANDÃO LOPES observa que, quando a conta de participação tem por objeto uma operação específica e de curta duração, deve ser realizada ao fim desta (LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.99).

[161] Assim nos baseamos no entendimento de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, ao comentar o art. 996 do Código Civil (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.161). E neste sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou a respeito: Apelação Cível nº 70020320628, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, j. 22.08.2007.

[162] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.58, 1972;

informações obtidas pelo sócio devem ser utilizadas no interesse da sociedade, guardando o necessário sigilo a respeito dos dados que assim obtiver[163], como, por exemplo, impõe o art. 157, § 3º, da Lei das S.A.

Por fim, cumpre frisar que o direito de fiscalização não pode ser exercido abusivamente. Por exercício abusivo do direito de fiscalizar, devemos entender a situação do sócio participante que utiliza tal direito como forma de perturbar o sócio ostensivo (por vingança, para forçar a saída da sociedade, enfim, por uma série de possíveis razões). Uma situação como essa não poderia ser encarada de outra forma, uma vez que o direito de fiscalização não é ilimitado, sofrendo restrições quando o seu exercício for manifestamente excessivo; desta maneira, aplica-se o art. 187 do Código Civil, lastrado pela boa-fé objetiva, sobretudo na sua função mitigadora de direitos[164].

20 – PRAZO DE DURAÇÃO

Atualmente, não gera mais controvérsia como outrora a questão relativa ao prazo da conta de participação.

Dito de outro modo, na vigência do Código Comercial, de 1850, o art. 325 também adjetivava a conta de participação como sociedade "acidental" e "momentânea"[165], dando azo a interpretações restritivas, pelas quais a conta de participação era vista como um tipo societário para negócios específicos, não podendo prolongar-se no tempo, muito menos ser contratada por prazo indeterminado.

Contudo, já naquela época, juristas do escol de WALDEMAR FERREIRA, entre outros, já se pronunciavam em sentido contrário: reconheciam na

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.154.

[163] Cf. DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.302.

[164] LUÍS RENATO FERREIRA DA SILVA assim caracteriza: abuso de direito ocorre quando há um "(...) desvirtuamento da função precípua que a ordem jurídica confere aos direitos subjetivos". Em outras palavras, "(...) o abuso ocorre sempre que, aparentemente usando de um direito regular, haja uma distorção do mesmo, por um 'desvio de finalidade', de modo a prejudicar a outra parte interessada ou a terceiros" (FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos:* do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.47-49).

[165] A designação "momentânea" vem já do Direito francês, sendo empregada ao tempo da elaboração da Ordenança de 1673 e do Código de Comércio (no art. 47), pois muitas vezes servia tal tipo societário somente para uma única operação – tanto é assim que no Código de Comércio francês não era enquadrada como sociedade, por possuir caráter momentâneo –, como atesta FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.528-530.

conta de participação uma sociedade momentânea ou acidental por natureza, mas não excluindo a possibilidade de ela ser duradoura, podendo se prolongar no tempo o quanto fosse necessário a fim de que se atingissem os objetivos dos sócios[166]. Assim, não é de hoje que se entende que a sociedade em conta de participação pode ser de prazo determinado (certo ou incerto) ou indeterminado.

Sedimentando tal entendimento, o Código Civil de 2002 não reproduziu os adjetivos utilizados pela legislação revogada, deixando claro que a conta de participação pode ser celebrada tanto por prazo determinado quanto por prazo indeterminado. Isto é, pode, por exemplo, ser constituída para uma única operação (sendo, nesse caso, momentânea) ou para a exploração de uma atividade econômica que se protraia no tempo.

Quanto às contas de participação constituídas por prazo determinado, esclarece HAROLDO VERÇOSA:

> "(...) o prazo determinado pode ser *certo* (quando marcado expressamente o prazo de duração da sociedade, por data específica ou por determinada quantidade de tempo) ou *incerto* (a construção de uma obra única ou a realização de uma atividade específica, que se exaurirá após o decurso de tempo necessário para tal finalidade)."[167]

No caso de vencimento do prazo e da continuação da exploração do negócio sem oposição de nenhum dos sócios, a SCP prorroga-se como uma sociedade de prazo indeterminado — aplicando-se, assim, o art. 1.033, I, do Código Civil, tendo em vista o disposto no art. 996. Em outras palavras, o vencimento do prazo não acarreta a dissolução automática, devendo os sócios tomar as medidas adequadas para tal fim caso desejem a ultimação do empreendimento comum[168].

[166] FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.532. No mesmo sentido: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Beviláqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.230; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.332; BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.325-326; ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n.8, p.45-63, p.54-55, 1972; MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.290.

[167] DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.78-79, grifo do autor.

[168] DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.82.

Cumpre ainda salientar que, caso seja a prazo determinado (certo ou incerto), a retirada de um dos sócios deve ser motivada, enquanto que, se a prazo indeterminado, pode sair a qualquer momento, nos termos do art. 1.029. Todavia, o exercício de tal direito, em primeiro lugar, não pode ocorrer de modo abusivo[169]. E, em segundo lugar, a retirada de um dos sócios da sociedade acarretará ou não a dissolução total da conta de participação: caso seja o único sócio daquela categoria (ostensivo ou participante), ou caso a sua permanência seja essencial, deve a sociedade dissolver-se totalmente; se, por outro lado, mesmo com a sua saída seja viável o empreendimento, existindo outros sócios da categoria que saiu, pode, então, a sociedade permanecer (ocorrendo, única e exclusivamente, a sua dissolução parcial, apurando-se aquilo que é devido para aquele que dela sai).

Por fim, gizamos que, porquanto é possível a constituição de SCP por prazo determinado ou indeterminado, acreditamos, no entanto, ser esta mais bem adaptada e, portanto, mais utilizada na prática, em negócios específicos e que reclamam ajustes apenas momentâneos[170]. Logo, o mais comum é verificar a utilização da conta em participação para negócios de prazo determinado, geralmente até a finalização de certa operação ou de certo empreendimento.

21 – FALÊNCIA DE UM DOS SÓCIOS

A sociedade em conta de participação propriamente dita não pode falir ou tornar-se insolvente. Na verdade, o que pode ocorrer, isso sim, é a falência ou a insolvência de seus sócios[171].

Vale dizer que os §§ 2º e 3º do art. 994 dispõem neste sentido. Faz-se aqui uma ressalva: apesar de fazerem referência única e exclusivamente à falência dos sócios – ostensivo e participante –, tem-se que tais

[169] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.350.

[170] Assim também observou FRAN MARTINS: "A sociedade em conta de participação em geral é formada para uma ou algumas transações comerciais. Se bem que possa existir em caráter permanente, o comum é que se organize para determinadas operações" (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.290). Igualmente, entre outros comercialistas, ver: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Beviláqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.230-231.

[171] De modo claro e expresso, recomendamos, entre outros, a leitura de CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Beviláqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v. 4, p.232-233.

dispositivos também se aplicam no caso de os sócios não serem considerados empresários – ou não serem sociedades empresárias – e estarem sujeitos à insolvência civil, mesmo porque, como já foi visto, o objeto social da sociedade em conta de participação pode ser tanto empresarial quanto simples[172,173]. Tendo em vista que não é a sociedade em conta de participação que exerce a atividade, ela não se vincula perante terceiros, não possuindo direitos ou obrigações e, em decorrência, não estando sujeita à falência ou à insolvência civil[174].

Quanto à falência do sócio ostensivo, ela acarreta a dissolução da conta de participação, cabendo ao administrador da massa falida liquidar a respectiva conta (art. 994, § 2º, 1ª parte). Se o resultado for pró-participante, este habilitará o seu crédito na falência na categoria dos quirografários (art. 994, § 2º, 2ª parte); se, entretanto, o resultado for pró-ostensivo, a massa falida terá o direito de cobrar do sócio participante o saldo[175].

Cumpre, todavia, salientar que a natureza da contribuição do sócio participante (oculto) é de suma importância no caso da falência do sócio ostensivo. E assim afirmamos porque, seguindo os ensinamentos de CARLOS GUIMARÃES DE ALMEIDA, se a contribuição foi feita a título de propriedade, o bem participa da norma geral dos bens sujeitos aos efeitos da quebra – ficando, então, o sócio participante sujeito a *par conditio creditorum*. Não obstante, se o sócio participante conservou a propriedade do bem, conferindo-o apenas a título de uso ou gozo, ou sobre este estabeleceu uma comunhão, a situação é distinta, pois, nestas hipóteses, o sócio participante pode reivindicar (pedido de restituição, previsto na Lei nº 11.101/05, arts.

[172] Tratando-se de insolvência civil de algum dos sócios, acreditamos que se aplicam iguais soluções fornecidas pelo art. 994, §§ 2º e 3º, para as hipóteses de falência dos sócios. Por tudo, remetemos a GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.157-158.

[173] E, da mesma forma, não pode a conta de participação beneficiar-se da recuperação de empresas – mas apenas os seus sócios, caso sejam empresários ou sociedades empresárias.

[174] É, portanto, difícil de compreender o posicionamento de MARIA EUGÊNIA REIS FINKELSTEIN (REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Sociedade em conta de participação. *In*:_____; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (coords.). *Tipos societários*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-144, p. 136, p.139), para quem, atualmente, é admitida a falência de sociedades em conta de participação. Deve-se atentar, porém, que, nos termos do art. 81 da Lei nº 11.101/05 – o que, para a referida autora, aplicar-se-ia integralmente às sociedades em conta de participação –, a decretação da falência de sociedades que possuem sócios com responsabilidade ilimitada ocasiona a falência destes últimos.

[175] Nestes termos, remetemos à boa explicação dada por DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2006, v.2, p.303.

85 e seguintes) o bem infungível, cuja propriedade se reservou totalmente, ou, no caso da comunhão, a parte que lhe pertence[176].

Contudo, é claro que a posição do sócio participante diante da falência do sócio ostensivo não se esgota na questão atinente aos aportes que fez, uma vez que, por exemplo, pode aquele ser credor de dividendos que foram apurados, mas não foram devidamente pagos – possuirá, deste modo, um crédito a ser habilitado na falência do ostensivo na categoria dos quirografários.

Já no que diz respeito à falência do sócio participante, caberá ao administrador da massa falida resolver se a conta de participação terá ou não continuidade, aplicando-se ao caso a regra dos contratos bilaterais do falido (art. 994, § 3º, do Código Civil combinado com a Lei de Falências – Lei nº 11.101/05, art. 117). Nestes termos, o administrador judicial, com a autorização do Comitê de Credores (e com a recomendável manifestação do Ministério Público)[177], decidirá se é producente manter a sociedade em conta de participação (como pode ocorrer no caso em que a atividade da sociedade em conta de participação é superavitária e inexiste qualquer aporte a ser feito) ou não (como no caso de acarretar esta maiores perdas, existindo, por exemplo, a necessidade de aporte de mais recursos, ou como quando a atividade é deficitária e existe cláusula contratual que prevê maiores contribuições no caso de prejuízos).

E quanto à posição do sócio ostensivo diante da falência do sócio oculto (participante), pode aquele interpelar o administrador judicial (no prazo de até 90 dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação) para que, em 10 dias, declare se cumpre ou não o contrato (art. 117, § 1º, da Lei de Falências). Caso a declaração seja negativa ou silencie o administrador judicial, o sócio ostensivo passa a ter o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo de rito ordinário, constitui crédito quirografário (art. 117, § 2º).

Salientamos, ainda, que o contrato social pode prever a dissolução da sociedade em caso de falência ou de insolvência do sócio oculto (ou de um dos sócios ocultos, caso existam dois ou mais), o que, então, ocorrerá de pleno direito.

[176] ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, n. 8, p.45-63, p.57, 1972.
[177] VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios:* estudos sobre a Lei nº 11.105/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Por todo o exposto, quanto à falência de um dos sócios, ela acarreta, de regra, a dissolução da sociedade quando a SCP for composta por apenas dois sócios[178]. Em outras palavras, quebrando o participante ou o ostensivo, dissolver-se-á a sociedade quando esta tiver apenas dois sócios em seu quadro (um de cada categoria, portanto, uma vez que não existe uma conta de participação sem, ao menos, um sócio ostensivo e um sócio participante). Tal afirmação, todavia, pode ser relativizada, sobretudo em face do art. 994, § 3º, do Código Civil. Com efeito, como vimos, pode o contrato convenientemente lucrativo ser mantido pelo administrador judicial no caso de falência do sócio participante, o que pode permitir, entretanto, que tal situação (manutenção do contrato) perdure apenas temporariamente (como ocorreria na ultimação dos negócios de uma SCP celebrada por prazo determinado), não podendo prolongar-se indefinidamente (como na situação de uma SCP constituída para operar por prazo indeterminado).

Afora essa situação, a quebra do único sócio ostensivo também acarreta a dissolução (como previsto na legislação pátria), embora esta não seja, necessariamente, uma situação de unipessoalidade superveniente, mas sim de falta de preenchimento de uma das categorias de sócio[179].

De resto, permanecendo preenchidas as duas categorias de sócio, nada impede a continuação da sociedade, apurando-se os haveres do falido[180]. A respeito disso, parece incompleta a regra do art. 994, § 2º, que estabelece a dissolução da SCP em caso de falência do ostensivo, esclarecendo tratar-se eventual saldo em favor do participante de crédito quirografário quando da inscrição deste no concurso de credores, pois a SCP pode ter mais de um sócio ostensivo, situação na qual se liquidarão apenas as contas necessárias, permanecendo as demais. E, da mesma forma, tal entendimento se aplica à falência do sócio participante, uma vez que a sua falência e a dissolução de seu vínculo (seja por determinação do administrador judicial, seja por disposição contratual) não acarretam a dissolução total da sociedade caso existam outros sócios participantes.

Por fim, devemos salientar que o sócio participante pode requerer a falência (ou a insolvência civil) do sócio ostensivo na qualidade de credor (e

[178] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.110.
[179] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.110.
[180] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.110.

não da de sócio), como também o sócio ostensivo assim pode proceder em relação ao sócio oculto[181].

Observa-se, portanto, que a conta de participação por si só não pode falir (ou tornar-se insolvente), mas somente os seus sócios, o que traz uma série de peculiaridades quando tais fatos acontecem – e que, sem dúvida nenhuma, isso serve para despertar dúvidas sobre se efetivamente a conta de participação é uma verdadeira sociedade – ou se seria um mero contrato bilateral. Não obstante, e colacionando posição de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO quando da análise da dissolução da sociedade (mas que consideramos completamente aplicável ao que aqui se estuda), entendemos que tais especificidades não desnaturam o caráter *societário* da sociedade em conta de participação, pois, mais que o *modus procedimental*, importa a realidade da existência dos elementos que constituem uma sociedade[182].

22 – DISSOLUÇÃO *LATO SENSU*

Ao falarmos em dissolução *lato sensu*, estamos a mencionar todo o procedimento destinado ao fim da vida de uma sociedade de modo regular. Todavia, o procedimento de encerramento de sociedade pode ser dividido em três fases, a saber: dissolução *stricto sensu*, liquidação e extinção.

Em uma visão panorâmica, poder-se-ia conceituar cada uma das fases da seguinte forma: a dissolução é o gatilho que dispara o *procedimento de encerramento de sociedade* e que tem por origem uma das diversas causas que podem dar ensejo ao desfazimento total dos vínculos societários (como o término do prazo de duração e o consentimento unânime, entre outras). A liquidação, por sua vez, é a fase na qual são apurados o ativo e o passivo, buscando-se a realização do primeiro para a satisfação do segundo, para, ao fim e ao cabo, em havendo saldo positivo, partilhá-lo entre os sócios; a extinção, em contrapartida, consiste no encerramento do procedimento, etapa na qual a sociedade deixa de existir.

[181] Cf. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p.330-331; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.235.

[182] TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Comentário de jurisprudência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, ano 23, n.54, p.126-130, p.128-129, abr.-jun. 1984.

A fim de proporcionar uma melhor compreensão de cada uma das fases do procedimento, elas serão, a seguir, discriminadas.

22.1 Dissolução *Stricto Sensu*

Como observa MAURO BRANDÃO LOPES, "(...) como verdadeira sociedade, dissolve-se a conta de participação, pelos mesmos motivos que se dissolvem as demais sociedades, com as modificações exigidas por sua estrutura"[183]. Assim, a sociedade em conta de participação, via de regra, dissolve-se pelas mesmas causas verificadas na dissolução de qualquer sociedade; assim, são inexistentes regras a respeito dentro do capítulo que regula a conta de participação, sendo aplicáveis (de acordo com o art. 996), na substância, as hipóteses de rompimento dos vínculos sociais previstos a partir do art. 1.028 do Código Civil[184].

Todavia, e como temos até aqui apresentado, a própria estrutura da conta de participação, muito diversa dos outros tipos societários, determina a existência de algumas peculiaridades – além das ressalvas que foram até aqui feitas, como na hipótese da falência de algum dos sócios. E, basicamente, as peculiaridades encontram-se quanto às hipóteses que poderiam acarretar a dissolução parcial (ou, na terminologia do Código Civil, a resolução da sociedade em relação a um sócio), uma vez que, caso o sócio que tem o seu vínculo social dissolvido (seja ele sócio participante, seja ele sócio ostensivo) seja o único daquela categoria, tal fato acarreta a dissolução total da sociedade, tendo em vista a falta de preenchimento de uma das categorias de sócio – sendo inviável, portanto, permanecer unipessoal de modo transitório, como autoriza o art. 1.033, IV[185]. Por outro

[183] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.109. Igualmente, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.349; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.237; e GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.160.

[184] Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.160.

[185] A unipessoalidade transitória não se coaduna com a conta de participação, cf. GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.66. De qualquer forma, como já deve ter ficado claro, mas voltamos a frisar, ao falarmos da necessidade da existência de dois ou de mais sócios (ou que a unipessoalidade não se coaduna com a conta de participação), também devemos interpretar a situação *cum grano salis*, uma vez que de nada adianta haver dois sócios participantes enquanto inexiste qualquer sócio ostensivo (ou o

lado, e especialmente no que se refere ao sócio ostensivo, mesmo que existente outro, caso a participação daquele que sai da SCP seja essencial (o que, eventualmente, também pode acontecer com um determinado sócio participante, apesar de outros existirem, que aportou, por exemplo, por meio de contrato de locação, um bem essencial e indispensável para o empreendimento), ela pode restar completamente dissolvida, tendo em vista a impossibilidade de continuar operando — dissolve-se, neste caso, pela inexequibilidade de preenchimento do seu fim, nos termos do art. 1.034, II.

Além disso, outra peculiaridade que vale ser comentada é a de que, como o fundo social é o meio material que possibilita ao sócio ostensivo explorar o empreendimento, a perda do capital decorrente de prejuízos ou mesmo de destruição dos bens utilizados na exploração do negócio pode acarretar a dissolução da sociedade por impossibilidade de preenchimento do objeto (objeto inexequível). Da mesma forma, quando o fundo se demonstra manifestamente insuficiente para o desenvolvimento da empresa e os sócios não estão dispostos a colocar mais recursos no empreendimento (ou mesmo estão impossibilitados de fazê-lo), a SCP pode ser dissolvida por impossibilidade de preenchimento do seu fim[186].

Ainda, MAURO BRANDÃO LOPES observa que "(...) o descumprimento do contrato social por parte de qualquer dos sócios capacita o outro a pedir a dissolução da sociedade"[187]. E prossegue:

> "(...) esse descumprimento do contrato pode tomar a forma de abuso, prevaricação, violação de obrigação social e fuga. São exemplos de tal descumprimento, segundo PIC, 'não realização da quota, negligência manifesta, principalmente se se trata de gerente estatutário, não revogável, na administração dos negócios sociais ou na sua fiscalização, oposição ao exercício normal do direito de fiscalização, reconhecido pela lei a todos os associados, recusa sistemática a concorrer às deliberações sociais, incapacidade técnica notória do associado, a qual opõe na impossibilidade de realizar a sua quota de indústria, apropriação indébita de soma do ativo, retirada para sua conta de somas superiores às convencionadas, mudança antiestatutária da sede, ausência'. Todas essas razões específicas são pertinentes ao caso da conta de participação, sendo notável a relevância especial de muitas delas."[188]

Entretanto, deve-se considerar que pode tal descumprimento do contrato social ser enquadrado dentro das hipóteses típicas de dissolução (parcial ou total) da sociedade. Neste sentido, a quebra do dever de contribuir pode acarretar a exclusão do sócio remisso (Código Civil, art. 1.004). Da mesma forma, é possível enquadrar os outros casos de descumprimento contratual na hipótese de exclusão judicial por falta grave no cumprimento das suas obrigações[189] ou por incapacidade (civil ou contratual/profissional) superveniente (Código Civil, art. 1.030, *caput*) — ou mesmo como ato de inegável gravidade que coloque em risco a continuidade da empresa, nos termos como dispõe o art. 1.085 do Código Civil; aqui, a conta de participação poderia prever, contratualmente, hipótese de exclusão de sócio por justa causa mediante deliberação da maioria. E, da mesma maneira, o inadimplemento contratual por alguma das partes pode ensejar o pedido de retirada de algum dos sócios por justa

contrário); logo, ao salientarmos que há a necessidade de dois ou de mais sócios de uma conta de participação, essencial é que existam, no mínimo, um sócio de cada categoria (um sócio ostensivo e um sócio participante). Nestes termos, se, por alguma eventualidade, algum sócio sair da sociedade (por qualquer motivo que seja), a sua ausência não acarretará a dissolução da sociedade caso existam outros sócios da mesma categoria (e, claro, que continue viável o empreendimento sem a presença daquele); opera-se a dissolução parcial da sociedade, devendo-se liquidar a sua participação. Por outro lado, caso a conta de participação reste com apenas uma categoria de sócios (mesmo que com dois ou mais sócios de outra categoria), imperiosa é a dissolução total da sociedade.

[186] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.110-111.

[187] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.111.

[188] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.111.

[189] ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, ao tratar especificamente a questão do descumprimento das obrigações por parte do sócio ostensivo, assim refere: "Se o sócio ostensivo age em desacordo com as normas que definem sua atuação no domínio da sociedade em conta de participação, também não há como excluí-lo da sociedade, eis que ele é o único incumbido de dar cumprimento ao objeto social, não sendo a ele aplicável, por isso, a norma do art. 1.030 do Código Civil, mas os sócios participantes terão as alternativas de deliberar a dissolução da sociedade, se formarem maioria (art. 1.033, II), ou judicialmente, mostrando que o descumprimento das obrigações sociais pelo sócio ostensivo importa a impossibilidade de atingir os fins sociais (art. 1.034, II)". (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.155). Sua posição é interessante, mas acreditamos que acaba por complicar o que não é necessário: entendemos que incide sim o art. 1.030, *caput*, nesta hipótese e que pode sim o sócio ostensivo ser excluído. Em primeiro lugar porque, existindo dois ou mais sócios ostensivos, a conta de participação pode permanecer com estes; em segundo lugar, porque a exclusão do único sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade por inexistência de uma categoria de sócios – não sendo, portanto, necessário o recurso aos arts. 1.033 ou 1.034 para se alcançar a dissolução da sociedade.

causa em conta de participação a prazo determinado, como regula o art. 1.029.

Por todo o exposto, podemos constatar que, realizadas as devidas adaptações, a conta de participação dissolve-se nas mesmas hipóteses que os outros tipos societários.

22.2 Liquidação

Uma vez verificada que uma das hipóteses de dissolução de sociedade incide no caso concreto, parte-se, então, para a segunda fase do processo dissolutório, que é a liquidação. No caso da sociedade em conta de participação, a liquidação procede-se pelas regras da prestação de contas (contas estas que devem ser prestadas na forma mercantil, como já foi visto), de acordo com o art. 996 do Código Civil.

Quanto a este ponto, inexistem maiores dúvidas, tanto que o Poder Judiciário já se manifestou sobre o assunto:

> *"Sociedade em Conta de Participação. Dissolução Que Não Observa as Formalidades Previstas Para Outras Sociedades Reconhecidas Pelo Nosso Ordenamento Jurídico. Seguida de Liquidação e Partilha. Basta para tanto apenas a prestação de contas a ser prestada de forma amigável ou judicialmente.* Afasta-se o decreto de carência da ação, dando-se parcial provimento ao recurso ofertado pelo autor com o aproveitamento da ação para essa finalidade" (Apelação Cível nº 425404600, 7ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator Júlio Vidal, j. 30.10.1998) (grifo nosso).
>
> *"Dissolução e Liquidação de Sociedade. Ação de Prestação de Contas. Prestação de contas decorrente de contrato de sociedade em conta de participação. Dever de prestar contas, na forma mercantil, reconhecido.* Apelo improvido" (Apelação Cível nº 70020320628, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Pedro Luiz Rodrigues Bossle, j. 22.08.2007) (grifo nosso).

Observa-se, portanto, que a liquidação da conta de participação é, *grosso modo*, um acerto de contas entre os sócios, mesmo porque, quando a sociedade em conta de participação é dissolvida, é única e exclusivamente a relação entre os sócios que é afetada — uma vez que, perante terceiros, todos os atos foram feitos em nome do sócio ostensivo[190]. E tanto é verdade

[190] Assim, a liquidação da conta de participação não segue o rito solene e específico dado para os outros tipos societários, o qual justamente existe em benefício dos interesses de terceiros

que, mesmo quando da vigência do Código Comercial, de 1850, o qual era omisso sobre a liquidação da sociedade, inexistiam dúvidas quanto ao dever de o sócio ostensivo prestar contas ao participante[191].

Salientamos, contudo, que a forma da liquidação, certamente, é mais um argumento para aqueles que não querem reconhecer na conta de participação a natureza societária, mas sim uma simples natureza contratual. Todavia, não podemos concordar com tal posicionamento, fazendo, aqui, nossa a opinião de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO:

> "Estamos em que essa peculiaridade não desnatura o caráter *societário* da sociedade em conta de participação e não a reduz a mero contrato bilateral em que 'as relações entre os sócios se liquidam por ajuste de contas ou prejuízos de negócios empreendidos'. Mais que o *modus procedimental* da apuração de haveres, ou que sua designação formal, importa a realidade da existência de fundos sociais (...)."[192]

Assim, não é o modo como se opera a liquidação da sociedade que retira o seu caráter societário. Como já vimos, a conta de participação apresenta todos os elementos de qualquer sociedade e, por isso, assim também o é.

Partimos, agora, para a análise das modalidades de prestação de contas.

22.2.1 Modalidades

A liquidação pode ser amigável ou judicial. Em uma ou em outra espécie, o liquidante deve ser o sócio ostensivo, que será o responsável pela apuração do ativo e do passivo sob a sua responsabilidade[193].

envolvidos na liquidação da sociedade (cf. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.549-550; e CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.237).

[191] Nesse sentido, WALDEMAR FERREIRA declarava que não poderiam existir dúvidas que, em caso de dissolução – e apesar da omissão do Código Comercial –, ocorreria a prestação de contas (amigável ou judicial) do sócio ostensivo ao oculto (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.546-547); igualmente, ver CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.237.

[192] TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Comentário de jurisprudência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 23, n.54, p.126-130, p.128-129, abr.-jun. 1984, grifo do autor.

[193] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.114-115.

Porque são vários os sócios ostensivos, o art. 996, parágrafo único, do Código Civil estabelece que a prestação de contas é una e deve ser realizada em conjunto; assim, as contas devem ser prestadas de modo uniforme, de acordo com um mesmo critério e em conjunto (seja dissolução judicial, seja amigável). Além disso, fica implícito no dispositivo que os dois sócios ostensivos praticam igual atividade e cumprem o objeto social como se fossem dois administradores de um mesmo negócio. Aqui, é evidente que o preceito não é aplicável quando se tratar de sociedade em conta de participação plúrima, na qual existem dois ou mais sócios ostensivos que atuam individualmente na prática de atividades econômicas diversas, uma vez que, em tal caso, cada atividade apresenta o seu sócio ostensivo próprio, que, por sua vez, é sócio oculto na atividade desenvolvida por outro de seus consócios e vice-versa[191].

22.2.1.1 Extrajudicial

Porque é amigável, a liquidação dar-se-á extrajudicialmente, prestando o liquidante as contas na forma mercantil. A apuração final das contas deve conter todos os elementos capazes de precisar a situação de crédito/débito havida entre os sócios.

22.2.1.2 Judicial

Em se negando o ostensivo a prestar contas ou não o fazendo de forma satisfatória, outro caminho não há senão a prestação de contas judicial, a qual se dará na forma prevista nos arts. 914 a 919 do Código de Processo Civil.

Semelhante solução também ocorre no caso de dissolução judicial, quando, então, a liquidação ocorrerá na fase de liquidação de sentença.

[191] Por tudo, ver GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa:* comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.161. Sobre o assunto, afirma MAURO BRANDÃO LOPES: "(...) no caso de sociedade com vários sócios ostensivos, vários serão os liquidantes; mas não funcionarão eles conjuntamente, como é óbvio, cada um se encarregando da liquidação das operações a seu cargo" (LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.114); no mesmo sentido, assim considera GUSTAVO OLIVA GALIZZI "No caso de sociedade com vários sócios ostensivos, vários serão os liquidantes, cada um se encarregando da liquidação das operações a seu cargo, com a consequente apresentação de várias prestações de contas" (GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.178).

Nesta, apurado crédito em favor de uma das partes, tem lugar um eventual procedimento executivo. Assim julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "*Liquidação de Sentença. Ação de Dissolução de Sociedade.* Iniciativa do autor, sócio oculto em sociedade em conta de participação; interessado na execução e vencedor no processo de conhecimento. Habilitação de seu Espólio. Realização de perícias de engenharia e contábil, com assistentes técnicos contábeis das partes. Sentença de julgamento da liquidação pelo valor apontado pelo perito judicial, com correção monetária. Assistentes técnicos divergentes. Agravo retido não conhecido e apelos improvidos" (Apelação Cível nº 1382154800, 2ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator Osvaldo Caron, j. 29.01.2003) (grifo nosso).
>
> Tratava-se de ação de dissolução de SCP, em fase de liquidação por meio de prestação de contas. O objeto da sociedade consistia na construção de edifícios em terreno de propriedade do autor (sócio oculto), falecido no curso do processo e substituído pelo espólio. *Sobreveio divergência entre os sócios, sendo proposta a referida ação de dissolução, com a liquidação de sentença por prestação de contas e apuração de crédito para ação de execução.* Foram apresentadas contas pelo ostensivo. Houve divergência no tocante às contas. Em liquidação de sentença foram realizadas perícias, uma de engenharia, para avaliação dos empreendimentos de responsabilidade da sociedade comercial (sócia ostensiva), e outra contábil, para a determinação do valor da participação do sócio oculto. Considerando o valor apontado pela perícia de engenharia, aplicou-se a ele o percentual de 60% (participação do sócio oculto). A sentença, julgada a liquidação, declarou crédito de mais de R$ 3 milhões em favor do espólio" (resumo dos principais pontos da sentença) (grifo nosso).

22.3 Extinção

Realizada a liquidação, dá-se a extinção da conta de participação sem maiores formalidades, visto que não há a necessidade de se dar baixa no Registro Público de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. De qualquer forma, a extinção da sociedade em conta de participação em nada afeta eventuais terceiros que possuam créditos

decorrentes do exercício da atividade prevista no objeto social da conta de participação, uma vez que tais créditos são contra o sócio ostensivo.

23 – Vantagens em Relação aos Outros Tipos Societários

Nos tempos de hoje, sobretudo quem não possui maior proximidade com as sociedades em conta de participação no trato diário, indaga-se sobre quais seriam, afinal, as vantagens desse tipo societário em relação aos demais. Neste sentido, é comum, principalmente nos bancos acadêmicos, a falsa ideia de que a principal vantagem da conta de participação é possibilitar ao sócio participante permanecer oculto aos olhos de terceiros — não é assim que acontece.

Com efeito, tal benefício, outrora a principal da conta de participação na distante época em que não podia ser confundida com um contrato de empréstimo a juros (usura) ou mesmo porque nobres não podiam aparecer como comerciantes — portanto se tornavam sócios ocultos —, sem dúvida, hoje em dia, não é a principal (apesar de ainda desempenhar papel relevante). Até porque, vale lembrar, o sócio participante não é verdadeiramente secreto, mas apenas discreto, especialmente pelo fato de que a própria escrituração contábil do ostensivo e as declarações de renda de ambos os sócios por si sós revelam a existência da conta de participação. Para reforçar, ela não deixa de ser sociedade em conta de participação se terceiros souberem da sua existência, como anteriormente já foi referido.

Mas quais seriam, então, as vantagens de tal tipo societário? Por qual razão o legislador a mantém entre os tipos societários à disposição das mentes empreendedoras? Haveria o legislador esquecido de extirpar um tipo societário moribundo do Código Civil, à semelhança do que fez com as jurássicas sociedades em nome coletivo e em comandita simples? Não nos parece ser o caso pelos argumentos que veremos a seguir.

Em primeiro lugar, a realidade aponta para uma massiva utilização da conta de participação nas mais variadas operações possíveis de se imaginar, o que já demonstra ser esta, de alguma forma, um tipo atraente. Em segundo lugar, a constatação de que a grande vantagem do tipo encontra-se em outras características, as quais já foram apontadas quando da análise do item 3 deste ensaio: *informalidade, simplicidade* (de constituição, de operação e de dissolução), *baixo custo operacional e flexibilidade* — além, é claro, da possibilidade de o sócio participante não aparecer nas operações entabuladas pelo ostensivo (ou seja, a *discrição*). Assim, tem-se aqui um tipo societário versátil, simples de ser utilizado e econômico, razão pela qual é um dos mais usados no Brasil, pois proporciona uma rápida mobilização de recursos para a alocação em empreendimentos dos mais variados tipos, sem que isso onere demasiadamente os sócios ou os prenda a laços societários mais duradouros e difíceis de serem extintos. E, além disso, não podemos esquecer da grande limitação dos riscos para o sócio participante, o qual, de regra, não se vincula às obrigações assumidas em decorrência da atividade prevista no objeto social da conta de participação[195].

Ainda, podemos vislumbrar, em sua própria estrutura (o que, é claro, não deixa de abarcar todos os benefícios anteriormente referidos), uma grande vantagem em sua utilização, o que pode ser demonstrado com um singelo exemplo. Pensemos no caso em que investidores estrangeiros tenham o intuito de realizar a importação e a comercialização de determinado produto no Brasil, apesar de não terem o interesse em permanecer no País (o que, por óbvio, inviabiliza a gestão da sociedade por eles próprios); por outro lado, existem investidores nacionais, nos quais os primeiros confiam, mas que não possuem recursos para a realização do empreendimento. Tendo em vista que o contrato de mútuo não é interessante para o caso em comento — porque os investidores estrangeiros teriam uma remuneração fixa, não auferindo maiores resultados em caso de amplo sucesso do produto —; e, em caso de insucesso, estariam tanto os nacionais quanto os estrangeiros imersos em um problema insolúvel, que seria o inadimplemento — o que, além disso, sujeitaria os empreendedores brasileiros a um eventual processo executivo. Ainda, a criação de uma sociedade personificada (limitada ou anônima) também não atenderia aos desejos envolvidos, pois os investidores estrangeiros teriam a maioria do capital social, permanecendo estes últimos com poder de controle quase que totalitário — o que subjugaria os nacionais ao livre-arbítrio daqueles, além

[195] Carvalho de Mendonça, logo na primeira página de que trata do assunto, salienta, de modo direto, as vantagens da conta de participação: "O facto economico da participação é um dos mais conhecidos e valiosos no circulo do commercio. O interesse de amparar os riscos que offerecem certas empresas, o desejo ou a necessidade de occultar o proprio nome em transacções ou operações mercantis, a conveniencia de poupar despesas com a organização de uma das fórmas de sociedade dotada com personalidade, a urgencia da operação que não permitte o cumprimento de multiplas e demoradas formalidades, a natureza do negocio que exige absoluta reserva, etc., tudo isso justifica a combinação, denominada *sociedade* ou, segundo outros, *associação em conta de participação* (...)" (Carvalho de Mendonça, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. Posta em dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v. 4, p.223, grifo do autor).

Revista Jurídica Empresarial 12
Janeiro/Fevereiro 2010
Doutrina Nacional

de reduzir a participação destes nos resultados. Assim, o que é possível é vislumbrar a constituição de uma sociedade em conta de participação entre uma sociedade limitada constituída pelos brasileiros e uma sociedade estrangeira constituída pelos investidores. Nestes termos, a sociedade estrangeira aportaria recursos em uma pequena limitada nacional, a qual realizaria a importação e a comercialização de determinado produto, administrando, então, as operações com ampla autonomia; além disso, os resultados seriam repartidos, nos termos como foi convencionado, entre sócio ostensivo (sociedade nacional) e sócio participante (sociedade estrangeira).

Por todo o exposto, restam patentes a utilidade e a importância da sociedade em conta de participação para a Economia nacional, sendo assim justificada a extensão do presente estudo.

24 - FIGURAS PRÓXIMAS (DISTINÇÕES)

Distinguir uma sociedade em conta de participação de outras figuras próximas talvez seja uma das tarefas mais importantes no estudo deste tipo societário, porque, mais do que um exercício acadêmico, é uma tarefa verdadeiramente relevante para a prática, pois, por meio disso, é que se pode saber qual é o regime jurídico aplicável à situação em concreto.

É que a conta de participação pode ser facilmente confundida como uma série de contratos, entre os quais o de mútuo e o de trabalho com participação nos lucros. Além disso, podemos pensar, por exemplo, na hipótese de um amigo ou de um parente que emprestou dinheiro e que passa a reivindicar participação nos resultados de seu empreendimento, alegando ser sócio participante desta.

Não bastasse isso, a questão ganha ares ainda mais dramáticos quando se reconhece que a conta de participação pode ser confundida não só com os referidos contratos, mas também com uma sociedade de fato, especialmente quando a SCP não possui contrato escrito. Na verdade, como refere RACHEL SZTAJN, "(...) a distinção entre sociedade em conta de participação sem registro do instrumento contratual e sociedade de fato é quase que impossível de ser feita"[196]. E como o esquema de responsabilidade dos sócios em uma conta de participação é diametralmente oposto ao do existente em uma sociedade de fato, parece ser uma péssima ideia ser

[196] SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.70.

confundido com um sócio desta, quando, na verdade, se é de um sócio daquela sem contrato escrito.

Situações como as acima descritas, mais do que possíveis, são relativamente comuns — daí a importância das distinções que aqui serão feitas.

E a diferenciação ganha contornos ainda mais relevantes quando identificamos que a conta de participação é utilizada maliciosamente para entabular outras relações contratuais que se quer mascarar; neste sentido, é corriqueiramente empregada em substituição ao contrato de trabalho na tentativa patronal de fugir das obrigações trabalhistas, sendo também utilizada para esconder consórcio para a aquisição de bens ou mesmo a prática de estelionato, etc.

Ora, como escreve MAURO BRANDÃO LOPES, "(...) a tarefa de caracterizar a conta de participação exige a seguir o trabalho suplementar de distingui-la dos vários contratos com os quais alguns ainda a confundem"[197]. Portanto, aqui vale o brocardo filosófico: *conhece-te a ti mesmo para conhecer o outro*.

Neste sentido, sempre que se quiser diferenciar uma SCP de uma figura que com esta se parece, devemos ter em mente os *elementos de uma sociedade*, os quais devem ser utilizados como ferramentas aptas a auxiliar na solução do problema.

Com efeito, além dos elementos gerais que devem estar presentes em qualquer negócio jurídico (consenso, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei), há outros, os denominados *elementos específicos de uma sociedade*, que servem para identificar se, no caso examinado, há ou não sociedade. São, pois, os já tratados em item anterior do presente ensaio, a saber: a combinação de esforços e de recursos, formando uma organização; o exercício de uma atividade econômica e a participação dos sócios nos lucros e nas perdas — são, pois, os *elementos essenciais*. Somados a estes, há também os *elementos acidentais*, os quais também podem auxiliar. Entre estes, um é de suma importância: a *affectio societatis*, elemento que, se não podemos afirmar estar presente em todas as sociedades em conta de participação, fácil é reconhecer que é encontrável na esmagadora maioria destas.

[197] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.38.

24.1 SCP *vs.* Contrato de Mútuo

A principal diferença existente entre a sociedade em conta de participação e o contrato de mútuo é que, naquela, o participante efetivamente participa dos resultados do empreendimento, lucrando se este vai bem, e não obtendo nada ou até mesmo perdendo recursos se ele vai mal. Por outro lado, no contrato de mútuo, independentemente do resultado do empreendimento, o mutuante recebe os juros que lhe são devidos[198]. Falta, portanto, no mútuo, um dos elementos principais do contrato de sociedade, que é a associação de todos aos resultados do empreendimento. Como observa MAURO BRANDÃO LOPES, neste último, o fracasso ou o êxito do mutuário no uso da coisa mutuada é irrelevante ao mutuante; já na conta de participação, os lucros ou os prejuízos do sócio participante estão diretamente ligados ao êxito ou ao fracasso do empreendimento[199].

Difícil é, na prática, diferenciar tais figuras quando o contrato de SCP assume a forma não escrita e o mutuante não é instituição financeira — sendo aqui importante recordar que o mútuo não exige nenhuma forma especial, podendo ser celebrado, inclusive, verbalmente. Como saber se se trata de mútuo ou de SCP? E se o mutuante, em vista do sucesso do empreendimento do mutuário, alega ser um sócio participante, querendo, com isso, não só receber eventuais juros acordados, mas também uma verdadeira participação no sucesso do empreendimento? A questão é, sem dúvida, espinhosa.

Em primeiro lugar, é tormentosa porque tanto no mútuo quanto na sociedade em conta de participação os recursos passam ao empreendedor a título de propriedade[200]. A alegação de que o aporte do participante pode dar-se com bem infungível (máquinas, insumos, etc.), apesar de válida, resolve apenas parcialmente o problema, não solucionando os casos quando se trata de SCP cujo aporte do participante foi realizado em recursos monetários.

[198] "No *mútuo* não há o *risco* a que se expõem os sócios participantes" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.327, grifo do autor).

[199] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.39.

[200] Ressalva feita à situação em que os bens, na SCP, passam ao sócio ostensivo a outro título, como se dá no caso da cessão de direito de uso.

É bem provável que o problema possa se resolver na análise da existência ou não de *affectio societatis* entre os sujeitos, a qual pode, eventualmente, ser provada por todos os meios admitidos em direito (testemunha, presunção, etc.)[201]; em outras palavras, se ambos se portavam como sócios, se havia partilha de tarefas (ainda que somente um dos sujeitos assumisse em nome próprio as obrigações do empreendimento), etc. Situações como essas podem evidenciar um algo a mais do que o existente em um simples contrato de mútuo, revelando uma verdadeira comunhão de objetivos e um *animus* de empreender em sociedade — espírito societário encontrável em uma SCP —, porém jamais em um contrato de mútuo[202].

Como observa MELVIN EISENBERG em situação análoga, a falta de registro reflete na concepção de que o *status* de sociedade depende das características fáticas da relação havida entre as partes[203].

24.2 SCP *vs.* Consórcio de Sociedades

Sociedade em conta de participação não pode ser confundida com o consórcio de sociedade. Apesar de algumas semelhanças, é patente que diferenças estruturais existem entre os dois institutos.

O desenvolvimento econômico e a rapidez dos processos de produção impuseram o surgimento do consórcio de sociedade (regrado na Lei nº 6.404/76, nos arts. 278 e 279) como meio associativo não personificado — e paralelo à conta de participação —, por meio do qual diversas sociedades, associando-se mutuamente, podem assumir atividades e encargos que, sozinhas, não teriam condições (seja econômica, seja financeira). E, nestes termos, talvez o principal ponto de contato entre o consórcio de sociedades

[201] Cf. arts. 992 c.c. 212 do Código Civil, os quais possibilitam provar a existência de uma SCP por confissão, documento, testemunha, presunção e perícia.

[202] Há, ainda, como refere MAURO BRANDÃO LOPES, o chamado mútuo parciário, pelo qual há uma cláusula no contrato de mútuo que confere participação ao mutuante nos lucros do mutuário em caso de sucesso na utilização dos valores mutuados. Aqui, a diferenciação é ainda mais difícil de ser realizada (cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.39). Entretanto, acreditamos ser possível diferenciar, na prática, uma figura da outra na análise de duas situações: a) a título de que foi escriturado o ingresso dos recursos no patrimônio do sócio ostensivo; b) o comportamento das partes, mas, sobretudo, do prestador de capital (mutuante ou participante) no desenvolvimento do empreendimento. Se o comportamento deste revelar uma atitude de sócio, próximo estar-se-á de uma conta de participação; se, entretanto, o comportamento for neutro ou passivo, a dúvida permanecerá.

[203] EISENBERG, Melvin A. *Corporations and other business organizations*. New York: Foundation Press, 2000, p.32.

e a sociedade em conta de participação seja a ausência de personalidade jurídica[204].

Todavia, apesar de alguns pontos de contato, diferenças substanciais existem entre os dois institutos. Ora, a conta de participação, para a sua validade, não requer nenhum ato registral (existe ampla liberdade em sua constituição), sendo que é sempre o sócio ostensivo quem realiza todos os atos em nome próprio; já no consórcio de sociedades, para que seja este constituído, essencial é a averbação no Registro Público de Empresas Mercantis. Ainda, e embora não tenha personalidade jurídica, a Receita Federal exige que o contrato de consórcio seja inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (art. 12, 3º, II, da Instrução Normativa nº 200/2002, da Secretaria da Receita Federal), o mesmo não ocorrendo com a conta de participação[205].

Além disso, na conta de participação, o único que se responsabiliza perante terceiros é o sócio ostensivo (ele age em nome próprio), visto que isso não acontece em um consórcio de sociedades: neste, cada integrante é titular de direitos e de obrigações próprios diante de terceiros. Aqui, é importante frisar que entre as sociedades consorciadas não se estabelece solidariedade, exceto relativamente às obrigações perante consumidores (art. 28, § 3º, da Lei nº 8.078/90), empregados (CLT, art. 2º, § 2º) e nas licitações (Lei nº 8.666/93, art. 33, V)[206]. Cumpre salientar também que o consórcio de sociedades possui uma administração própria e é considerado como centro de imputação de interesses autônomo para muitas relações jurídicas, o que não ocorre com a conta de participação[207].

Ainda, quanto aos fundos sociais, salientamos que, na conta de participação, entram para o domínio do sócio ostensivo, enquanto que, no consórcio, não há sequer formação de fundo comum, permanecendo cada um dos consorciados na titularidade de seus respectivos patrimônios. E, por fim, na conta de participação, todos os sócios devem participar obrigatoriamente nos lucros e nos prejuízos (sob pena de se ter uma

[204] Cf. GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.31-32.

[205] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.32.

[206] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.32.

[207] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149-150.

sociedade leonina), enquanto que, no consórcio, as normas sobre a partilha de resultado são livremente deliberadas pelos integrantes no seu instrumento de regência[208].

24.3 SCP *vs.* Comissão

No contrato de comissão, o comissário compra e vende bens em seu nome próprio e por sua conta e risco, mas em favor do comitente, que o remunera pelo serviço prestado. Um dos pontos mais marcantes desse tipo contratual é que o único a se obrigar perante terceiros é o comissário, não possuindo ação contra o comitente, ainda que aquele não honre com as suas obrigações. Da mesma forma, o comitente também não possui ação contra terceiros, pela qual poderia reclamar, por exemplo, defeito nos produtos adquiridos. Por tudo isso, é possível, na prática, confundir um contrato de comissão com uma SCP, imaginando-se um comissário tratar-se de um sócio ostensivo e um comitente, de um participante.

Apesar de a doutrina ser unânime ao afirmar que a comissão não apresenta nenhum dos elementos comuns às sociedades[209] — o que, efetivamente, é verdade —, na prática pode ficar complicado distinguir uma figura da outra. Menos mal que a comissão não é tão utilizada como o fora outrora. De qualquer modo, a análise do caso concreto pode revelar situações que facilitam a diferenciação. Uma delas é a postura do comitente, que deve agir como verdadeiro dono do negócio[210], já que o comissário age de acordo com as instruções daquele (CC, art. 695). Além disso, o comissário é apenas um intermediário e não um sócio, estando sujeito ao insucesso da operação em grau diverso do que estaria um sócio ostensivo. Prova disso é o art. 702 do Código Civil, que prevê uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados pelo comissário quando o negócio não for concluído por motivos de força maior, situação que não se coaduna a um contrato de sociedade.

De qualquer forma, insistimos: quando a situação fática não apresentar contrato escrito, pode ser bastante difícil a tarefa de identificar a figura em questão, mormente porque os recursos adiantados pelo comitente ao comissário para a aquisição de determinado bem em seu favor podem

[208] GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.32.

[209] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.41.

[210] LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.41.

aparentar ser a contribuição de um sócio participante para a exploração de um negócio por meio de uma SCP.

24.4 SCP *vs.* Contrato de Trabalho com Participação nos Lucros

Como adverte PONTES DE MIRANDA, na prática, pode acabar sendo bastante complicado discriminar a sociedade em conta de participação do contrato de trabalho em que existe a participação nos lucros por parte do empregado, sendo essencial, para traçar a distinção, um profundo exame dos casos[211].

Uma das principais diferenças entre uma figura e outra é o elemento de subordinação encontrado no contrato de trabalho, mas não na sociedade em conta de participação. Neste sentido, observa o tratadista:

> "[a] 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 30 de janeiro de 1958 (...), examinou caso em que um dos contraentes prestava serviços com participação nos lucros, mas acentuou que não havia *sociedade*, e sim *locação de serviços*, porque faltava a colaboração igualitária. Se há o elemento de subordinação, não se há de pensar em sociedade em conta de participação. Com êsse fundamento, deu-se provimento a recurso contra dois acórdãos. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Ceará, a 24 de agôsto de 1949 (...)."[212]

De qualquer modo, é fato que os outros elementos do contrato de emprego (pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade) também o diferenciam da sociedade em conta de participação, uma vez que são incompatíveis com os elementos essenciais e ínsitos às relações societárias.

Ainda assim, é lugar-comum a constituição de SCP para burlar as obrigações trabalhistas. É que, para muitos, é difícil resistir às fortes tentações de desonerar a empresa das obrigações trabalhistas quando se pode "facilmente" disfarçar a relação de emprego sob a roupagem de sociedade. Tal tipo de manobra, entretanto, tem sofrido forte oposição nos Tribunais.

[211] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984. t 49, p.327-328.

[212] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984, t.49, p.328, grifo do autor.

Veja-se o caso da dentista que reclamava vínculo empregatício com determinada clínica odontológica com quem havia celebrado uma SCP. Na situação em comento, entendeu o TRT da 4ª Região:

> "(...) que *a prova dos autos revela a presença, na íntegra, dos requisitos necessários à configuração da relação de emprego*, previstos no artigo 3º da CLT, sobretudo tendo em vista que o trabalho da reclamante era vinculado às necessidades permanentes da primeira reclamada" (TRT4, RO 00661-2005-281-04-00-7. Relatora Maria da Graça Ribeiro Centeno, j. 06.11.2008) (trechos do acórdão e grifo nosso).

E para melhor vislumbrarmos como os Tribunais pátrios enfrentam tal questão, selecionamos os seguintes acórdãos[213]:

> "*Vínculo de Emprego. Caracterização. Hipótese em que o conjunto probatório demonstra a formalização do ingresso da reclamante como sócia da segunda ré, primeiramente como sócia oculta de sociedade por conta de participação e, posteriormente, como sócia de empresa por cotas de responsabilidade limitada, como manobra para fraudar a legislação trabalhista.* Existência dos requisitos que definem a relação de emprego. Recurso não provido" (TRT4, RO 00138-2007-002-04-00-4. Relator José Felipe Ledur, j. 04.06.2009) (grifo nosso).

> "(...). *Frente ao pedido de reconhecimento de vínculo empregatício formulado pelo reclamante, a reclamada opôs condição de sócio do mesmo,*

[213] GUSTAVO OLIVA GALIZZI apresenta situação interessante, em que se verifica que inexiste uma sociedade em conta de participação, mas sim uma relação de emprego, tendo em vista que os requisitos desta relação encontravam presentes: "[u]m caso de ocorrência relativamente comum que ilustra bem tais situações envolve o trabalho a bordo de embarcações pesqueiras. Os pescadores tripulantes são contratados por uma sociedade para prestarem serviços em embarcações de propriedade desta, sendo acertada sua remuneração na forma de participação nos lucros obtidos com a venda do produto das pescas. Sendo tais contratos usualmente entabulados sob a denominação de sociedade em conta de participação, surge a necessidade de se definir, com exatidão, sua natureza. Nesse contexto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu possuir caráter empregatício, e não societário, a relação envolvendo uma empresa pesqueira e um grupo de pescadores-tripulantes para condenar a primeira ao recolhimento do FGTS devido. Para tanto, a Corte sustentou seu convencimento assinalando que todos os elementos tipificadores da relação empregatícia estariam presentes, a saber: a subordinação, dada a presença de um patrão de pesca responsável pela coordenação direta dos trabalhos a bordo das embarcações; a não eventualidade dos serviços prestados; e a remuneração, consistente na participação nos resultados da pescaria. Salientou, por fim, o acórdão que os pescadores-tripulantes não participavam dos prejuízos decorrentes da exploração da empresa, pelo que não haveria como se caracterizar a existência de sociedade entre eles e a empresa pesqueira". GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.34-35.

juntando, para tanto, cópia de contrato de constituição de sociedade em conta de participação (fl. 55), na qual o autor assumiria a condição de sócio oculto. Essa medida resultou verdadeiramente fraudulenta. Com efeito, numa sociedade seja ela civil ou comercial, vislumbra-se a existência de nítido *affectio societatis*, ou seja, clara intenção de associação e convergência de interesses entre os associados. (...). No caso vertente, não cuidou a empresa de comprovar a condição de sócio do reclamante, ônus que era seu, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC. Além da prova oral de fls. 37/39 não ter militado a favor da ré, a prova documental depôs contra sua tese. Como bem destacado pela origem, sócio aufere lucros e não comissões (fl. 14). Também, não se pode conceber a necessidade de apresentação de relatórios pelo reclamante tal qual os empregados registrados, conforme noticiado pela própria testemunha patronal às fl. 39. E mais! Não havendo qualquer forma legalmente prevista de registro ou ata de constituição da sociedade em conta de participação, *a empregadora buscou dela lançar mão (documento particular de fl. 55) a fim de futuramente se resguardar de eventual ação contrária a seus interesses, em flagrante fraude ao direito de seu empregado.* Assim sendo, pelo conjunto fático-probatório apresentado, correta a r. sentença que declarou o liame laboral entre as partes e condenou a reclamada à anotação de CTPS e ao pagamento de saldo salarial, férias acrescidas de 1/3, gratificação natalina, aviso prévio e FGTS + 40%, bem como determinou a expedição de ofícios ao INSS e à DRT para as sanções cabíveis" (TRT15, RO 15.604/2.000-ROS-0. Relator Luiz Roberto Nunes, j. 24.10.2001) (trechos do acórdão com grifo nosso).

24.5 SCP *vs.* Sociedade de Fato

Em teoria, é fácil diferenciar a sociedade em conta de participação da sociedade em comum – regulada no Código Civil nos arts. 986 a 990, e que é gênero designativo das espécies "sociedade de fato" e "sociedade irregular" –, não resta dúvida disso. Na prática, todavia, é bastante difícil identificar se estamos diante de uma sociedade de fato ou de uma sociedade em conta de participação sem contrato escrito.

Com efeito, quando as figuras que se confundem são duas sociedades, como no caso de uma SCP sem contrato escrito com uma sociedade de fato, a situação é bastante intrincada, não se resolvendo pela análise dos *elementos*

de sociedade (sejam eles essenciais ou acidentais), pois, por óbvio, estes são comuns a ambas as sociedades. Isto porque tanto em uma quanto em outra há a contribuição para o empreendimento comum e a formação de uma organização, o exercício de uma atividade econômica e a participação dos sócios nos resultados. Como, então, resolver o problema?

Aqui, a forma mais apropriada talvez seja lançarmos mão da observação das características peculiares a cada um dos tipos societários, isto é, aquilo que é da natureza de um tipo e que não é da de outro – ou seja, a verificação dos elementos categoriais de cada tipo societário. Exemplifiquemos: se em determinada situação há dois sócios, sendo que um deles administra o empreendimento comum, sobretudo contratando em nome próprio em favor deste, e o outro apenas investe recursos no negócio, quedando-se inerte no que tange à administração deste, não assumindo responsabilidades perante terceiros, esta situação, certamente, aproxima-se de uma SCP sem contrato escrito, aplicando-se a esta as regras atinentes a tal tipo societário.

Se, entretanto, o segundo sócio não só investe no empreendimento comum, mas também se compromete perante terceiros em nome da sociedade, não haveria como considerar que em tal situação há uma SCP, pois fica desnaturada uma de suas características básicas, que é a de que somente o sócio ostensivo se compromete junto ao mercado. Neste caso, a situação mais parece com a de uma sociedade de fato, devendo ser aplicado o regime jurídico desse tipo societário ao caso.

O que temos, portanto, é que, apesar de poder aparentar difícil a distinção, ela sempre deve ser feita (o que normalmente se dá de acordo com o caso concreto), mesmo porque a sociedade em conta de participação, apesar da flexibilidade e da maleabilidade que fazem parte de sua essência, é regular (diferentemente da sociedade de fato) e merece toda a proteção legal[211].

De qualquer forma, salientamos que a sociedade em conta de participação pode se tornar extremamente próxima de uma sociedade em

[211] WALDEMAR FERREIRA observa: "Note-se (...) que a ausência de prova escrita não lhe atribui a natureza de sociedade de fato, em que se engaja a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios. Não. Há, pois, examinar o caso concreto e distinguir esta daquela sociedade, separando o joio do trigo" (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.4, p.533). Igualmente, ver CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*. 2.ed. posta em dia por Achilles Bevilàqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, Livro 2, v.4, p.229.

comum, sendo que, em inexistindo contrato escrito, o sócio participante corre o risco de ser confundido com o sócio de uma sociedade em comum, o que acarretaria a sua responsabilidade ilimitada (Código Civil, art. 990). Neste sentido, apesar de não ser obrigatória a celebração de contrato por escrito, novamente se faz necessário sublinhar os benefícios em se contratar a conta de participação desta forma, o que diminui os riscos dos membros da sociedade.

24.6 SCP *vs.* Sociedade em Comandita

O ponto comum entre ambas (que, como foi visto, apresentaram origem semelhante) é que há um sócio que administra o empreendimento comum e que, ao fazê-lo, expõe todo o seu patrimônio: na sociedade em comandita, o sócio comanditado; na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo. E outro que só responde com aquilo que foi aportado no empreendimento: na sociedade em comandita, o sócio comanditário; na sociedade em conta de participação, o sócio oculto ou participante. Mas as semelhanças param por aí, porque, na comandita, é a própria sociedade quem explora o empreendimento, ao passo que na SCP quem leva a cabo isso é o sócio ostensivo em seu próprio nome[215]; da mesma forma, enquanto a sociedade em comandita é devidamente inscrita no respectivo registro, isso não ocorre com a conta de participação, o que, por óbvio, traz à tona que aquela possui personalidade jurídica, enquanto que esta não.

25 – Aspectos Contábeis e Fiscais

Embora fuja um pouco do escopo deste artigo, uma análise dos aspectos contábeis e fiscais da sociedade em conta de participação não é só relevante por seu próprio conteúdo, mas também é verdadeiramente interessante, já que permite uma melhor compreensão do funcionamento interno deste tipo societário, enriquecendo a análise à qual nos propomos.

25.1 Aspectos Contábeis

As regras sobre a escrituração contábil da SCP estão dispostas no Regulamento do Imposto de Renda – RIR, mais especificamente no art. 254. Pelo referido dispositivo, vê-se que a responsabilidade pela escrituração das operações relativas à sociedade em conta de participação

[215] Tudo conforme Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984. t.49, p.327.

recai sobre o sócio ostensivo, que o faz por uma das duas seguintes formas: ou procede à escrituração das operações nos seus próprios livros contábeis, isto é, nos livros já mantidos por ele para a escrituração ordinária de suas atividades; ou o faz em livros destinados especificamente para registrar as operações da SCP (livros próprios da SCP).

Quando forem utilizados os livros que o sócio ostensivo ordinariamente utiliza para escriturar as suas operações, os lançamentos contábeis referentes à SCP devem ser feitos de tal forma que fique claro que tais apontamentos a ela se referem. Sendo assim, no plano de contas do sócio ostensivo, é possível criar subgrupo específico para as operações (receitas e despesas) da SCP, tendo por objetivo facilitar a apuração do resultado desta última. Como observa Mauro Brandão Lopes,

> "[c]onstituída a sociedade, no caso de negócio especialmente projetado para ela, ou, no caso de estabelecimento preexistente, concedida a participação aos sócios pelo seu titular, abre-se uma 'conta' nos livros do sócio ostensivo, na qual são anotadas as entradas de cada sócio, inclusive a do própria sócio ostensivo, se for o caso, e lançadas sucessivamente as diversas operações realizadas em proveito comum."[216]

Além disso, o Regulamento exige que, nos documentos relacionados com a atividade da SCP, o sócio ostensivo faça constar alguma indicação de que se trata de documento relativo à SCP, de modo a permitir identificar a sua vinculação com a própria sociedade, possuindo a referida regra intuito de facilitar a fiscalização pelo ente tributante. Da mesma forma, no Livro de Apuração do Lucro Real, as demonstrações para a apuração do lucro real devem estar destacadas.

Quando o sócio for pessoa jurídica, independentemente de se for ostensivo ou participante, os valores aportados na SCP deverão ser classificados em sua conta do ativo permanente (participações societárias permanentes), estando sujeitos, quando relevantes, à equivalência patrimonial em coligada ou controlada, conforme os critérios de avaliação previstos na Lei nº 6.404/76 e no RIR.

25.2 Aspectos Fiscais

Como sociedade despersonificada que é, a SCP não se relaciona com os entes tributantes, situação patente pelo simples fato de sequer possuir

[216] Lopes, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.74.

inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ –, registro referência para fins fiscais. Assim o é, mesmo que o RIR equipare a sociedade em conta de participação às pessoas jurídicas para fins de apuração de resultados e para o pagamento do Imposto de Renda (arts. 148 e 149 do RIR).

Por consequência, o sócio ostensivo deve apurar os resultados, apresentar a declaração de rendimentos e recolher os tributos e as contribuições devidos pela SCP, mediante a utilização de DARF específico, em nome próprio. O sócio ostensivo assume, em decorrência do disposto no art. 991 do Código Civil, portanto, a responsabilidade pelos tributos e pelas contribuições sociais devidas pela SCP, pois esta não possui capacidade tributária passiva.

Desta forma, o sócio ostensivo apura o *quantum* devido a título de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido pela SCP, procedendo, preliminarmente, às devidas compensações, inclusive em relação ao saldo negativo apurado em períodos anteriores, que deve ser controlado na escrituração comercial, sem constar da declaração.

Observadas as hipóteses de obrigatoriedade de tributação pelo lucro real, a SCP pode optar por esse regime de tributação, apurando o lucro trimestralmente ou de forma estimada, ou pode fazê-lo pelo regime de tributação do lucro presumido trimestral, nos termos da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 31/2001. Deve-se observar, ainda, que a opção da SCP pelo regime de tributação com base no lucro presumido não implica a simultânea opção do sócio ostensivo, nem vice-versa.

Os lucros da SCP, quando distribuídos, sujeitam-se às mesmas regras estabelecidas para a tributação na distribuição de lucros das demais sociedades, isto é, não estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda na Fonte, tampouco integram a base de cálculo do Imposto de Renda do beneficiário, seja este pessoa natural ou jurídica, pois a própria SCP já sofreu a incidência do referido imposto; assim, os lucros distribuídos pela sociedade em conta de participação, como em qualquer sociedade, são isentos de Imposto de Renda (diferentemente do que ocorre com os Juros Sobre o Capital Próprio). Da mesma maneira, não incide sobre o lucro distribuído a CSLL, pois este já foi recolhido pelo sócio ostensivo em nome da SCP.

Vale ainda ressaltar que o prejuízo fiscal apurado por SCP somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma SCP, sendo vedada a compensação de prejuízos fiscais e lucros entre duas ou mais contas de participação ou entre estas e o sócio ostensivo (art. 515 do RIR). Ainda, ao se compensar o prejuízo fiscal apurado por SCP com o lucro real decorrente da mesma SCP, deve-se observar o limite de 30% previsto para as demais sociedades.

Por fim, urge observar que o ganho ou a perda de capital na alienação de participação em sociedade em conta de participação devem ser apurados segundo os mesmos critérios aplicáveis à alienação de participação societária em outras pessoas jurídicas.

26 – Considerações Finais

Como se pode verificar, a conta de participação, originada do contrato de *commenda* medieval, apresenta, ainda hoje, grande importância para o desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas. É, com toda certeza, instituto singular, o qual, por meio de suas características, possibilita que permaneça como um instrumento útil, apesar de normalmente – e infelizmente – ser relegada pelos estudos acadêmicos (o que, sem dúvida nenhuma, traz imensos prejuízos à prática mercantil e dificuldades para os operadores do Direito).

Por todo o exposto, podemos fazer nossas as palavras de Carlos Guimarães de Almeida, ao salientar que "[a] vetusta e muitas vezes esquecida sociedade em conta de participação é, portanto, um filão rico, que a imaginação e a engenhosidade dos juristas podem explorar para resolver e reger tantos negócios jurídicos novos, que a revolução econômica dos últimos anos vem impondo"[217].

[217] Almeida, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 11, nº 8, p. 45-63, p.63, 1972.