

JOÃO PEDRO SCALZILLI
LUIS FELIPE SPINELLI

**SOCIEDADE EM CONTA
DE PARTICIPAÇÃO**

QUARTIER LATIN

OBRAS QUARTIER LATIN

A Lei das S/A Comentada – 3 Volumes
Nelson Eizirik

Recuperação Extrajudicial de Empresas
Luís Felipe Spinelli
Rodrigo Tellechea
João Pedro Scalzilli

Direito Societário Contemporâneo I
Coordenação: *Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França*

Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal
Rodrigo Octávio Broglia Mendes

As Golden Shares no Direito Societário Brasileiro
Juliana Krueger Pela
Prefácio: *Rachel Sztajn*

Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas – 2ª Edição atualizada e anotada por Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto
Mauro Rodrigues Penteado

Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções
Coordenação: *Paulo Fernando Campos Salles de Toledo*
Francisco Satiro

Da Ética Geral à Ética Empresarial
Newton De Lucca

Insider Trading
José Marcelo Martins Proença

Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro
Coordenadores: *Rodrigo R. Monteiro de Castro*
Walfrido Jorge Warde Júnior
Carolina Dias Tavares Guerreiro

Fusões e Aquisições – Aspectos Fiscais e Societários – 2ª edição
Ian Muniz

Arbitragem no Direito Societário
Pedro A. Batista Martins
Prefácio: *Nelson Eizirik*
Arnoldo Wald

Dissolução Parcial da Sociedade Anônima
Maíra de Melo Vieira

RO
O

/ Fax: (11) 3101-1430
acasa@acasadolivrojuridico.com.br

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

QUARTIER LATIN

JOÃO PEDRO SCALZILLI

João Pedro Scalzilli é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação do Professor Doutor Erasmo Valladão A. e N. França. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob a orientação da Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera, instituição na qual também colou o grau de Especialista em Direito Empresarial. É professor de Teoria Geral do Direito Empresarial e de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (Ajuris), bem como professor de Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), além de ser professor em cursos de pós-graduação. É membro do IBR - Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas. Coautor do livro "Recuperação Extrajudicial de Empresas", publicado pela Editora Quartier Latin em 2013. É autor e coautor de artigos jurídicos publicados em livros e revistas especializadas. Advogado.

LUIS FELIPE SPINELLI

Luis Felipe Spinelli é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação do Professor Doutor Erasmo Valladão A. e N. França. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob a orientação dos Professores Doutores Carlos Klein Zanini e Judith Martins-Costa, instituição na qual também obteve os títulos de Especialista em Direito Empresarial e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Leciona em cursos de extensão e pós-graduação, sendo, também, professor de Direito Empresarial na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (Ajuris). É membro do IBR - Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas. Autor do livro "Conflito de Interesses na Administração da Sociedade Anônima", publicado pela Editora Malheiros no ano de 2012, e coautor do livro "Recuperação Extrajudicial de Empresas", publicado pela Editora Quartier Latin em 2013. É autor e coautor de artigos jurídicos publicados em livros e revistas especializadas. Advogado.

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, verão de 2015

quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 – Centro – São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Victor Guimarães Sylvio

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares

Capa: Eduardo Nallis Villanova

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

ISBN 85-7674-740-5

1. Direito de Empresa. 2. Direito Societário. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito de Empresa
2. Direito Societário

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Prefácio	11
Nota dos Autores	17
Agradecimentos.....	19

Introdução, 21

Capítulo 1 Noções Básicas, 27

1. Conceito.....	30
2. Características	31
3. Origem.....	34
3.1. Comenda	35
3.2. Transformação da comenda em sociedade	38
3.2.1. Estabilização da relação	38
3.2.2. Aversão ao comércio	38
3.2.3. Condenação da usura	40
3.3. Publicização da relação e ramificação do tipo	43
3.4. Divergência doutrinária	45
3.5. Disseminação	46
4. Regime jurídico.....	48
5. Natureza jurídica.....	50
5.1. Direito estrangeiro	60

Capítulo 2 Estrutura e Responsabilidade, 65

1. Facetas	67
1.1. Faceta externa	67
1.2. Faceta interna.....	70
2. Responsabilidade	79
2.1. Responsabilidade do sócio ostensivo.....	79
2.2. Responsabilidade do sócio participante.....	82
2.2.1. No plano externo	82
2.2.1.1. Degeneração.....	85
2.2.2. No plano interno	87
3. Falta de personalidade jurídica.....	94
3.1. Impossibilidade de titularizar relações jurídicas obrigacionais	95
3.2. Impossibilidade de titularizar relações jurídicas processuais.....	96
3.3. Ausência de patrimônio próprio	97

1. CONCEITO

Em linhas gerais, a sociedade em conta de participação, atualmente regulada no Código Civil do art. 991 ao art. 996, é uma *sociedade* na qual uma ou mais pessoas fornecem recursos a um empreendedor, que os empregará em determinados negócios, para que, ao final do prazo estipulado ou ao término do empreendimento, repartam os resultados auferidos.

Nesses termos, a sociedade em conta de participação possui duas categorias de sócio: (i) a categoria do sócio ostensivo (gerente ou gestor, para quem preferir), que, além de aportar recursos (dinheiro, bens, direitos e/ou serviço), é responsável por realizar a operação específica ou exercer a atividade econômica prevista no objeto social da SCP em nome próprio; e (ii) a categoria do sócio participante (também chamado investidor ou oculto), que fornece recursos (dinheiro, bens, direitos e/ou serviço) ao ostensivo na expectativa de participar dos lucros no caso de sucesso do empreendimento (art. 991).

É uma sociedade não personificada e que só produz efeitos entre os sócios, não aparecendo (i.e., não produzindo efeitos) perante terceiros. Na exploração da atividade econômica, apenas o sócio ostensivo obriga-se perante terceiros (art. 991, parágrafo único), contratando em nome próprio e assumindo todos os riscos aparentes do empreendimento. Dito de outro modo, ao contratar com empregados, fornecedores, instituições financeiras, consumidores, etc., quem figura na relação jurídica obrigacional é tão somente o sócio ostensivo, único responsável pelo cumprimento das obrigações perante estes. Esta é a razão pela qual o sócio participante goza (como regra) de *limitação da sua responsabilidade*, correndo o risco de perder apenas aquilo que investiu no empreendimento.

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, como, de fato, costuma acontecer.

O Código Comercial de 1850 trazia, no seu art. 325, uma definição do que seria a conta de participação, a qual se pode aproveitar para fins de conceituação:

Art. 325 – Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (artigo nº. 122).

O Código Civil atual, mais especificamente o seu art. 991, *caput* e parágrafo único, aponta para um conceito geral do instituto:

Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

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

Visto, genericamente, o conceito de SCP, cumpre passar à análise de suas características, exercício que elucidará ainda mais o tipo societário em questão.

2. CARACTERÍSTICAS

A sociedade em conta de participação apresenta alguns traços marcantes, cujo exame é relevante para a compreensão do tipo. São eles os seguintes:

- (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 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 (sabe-se que as pessoas tendem a se sentir mais seguras em grupo), etc.

E, 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 acabam por orientar a escolha (ou seja: a escolha do tipo societário depende do objetivo pretendido pelas partes, da estrutura de organização da sociedade, da responsabilidade dos sócios, dos aspectos tributários¹², etc.). Entre todos os veículos societários à

¹² Por esse último aspecto já foi dito que o direito tributário tornou-se uma fonte indesejada do direito societário (WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, B. I. München: Beck, 1980, p. 23).

disposição (são nove ao todo), um deles certamente mais bem 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 sociedades limitadas, sobretudo para os negócios de pequeno e de médio porte, e as anônimas, para os negócios de grande porte. Contudo, como observa 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”¹³.

Com efeito, de constituição e de dissolução bastante simplificada, a SCP 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, na lição de RIPERT, a forma mais simples de sociedade que se pode conceber¹⁴. Nesse sentido, vale lembrar que a sua constituição independe de qualquer formalidade, podendo, inclusive, realizar-se por meio de um contrato verbal, inexistindo, ainda, necessidade de registro (art. 992), além de realizar-se a dissolução pelas normas da prestação de contas (art. 996).

É, portanto, informal, visto que a sua constituição e a sua dissolução são bastante 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 constituição de uma SCP para a exploração de uma única operação específica.

Além disso, quanto à flexibilidade, vale ressaltar que a SCP possui grande plasticidade na sua estrutura interna, ou seja, os sócios possuem liberdade para, respeitadas as poucas normas cogentes, estruturarem o negócio da forma que melhor lhes aprouver¹⁵.

A conta de participação não requer maiores formalidades para a sua constituição e para a sua dissolução, podendo os sócios dela se retirar ou extingui-

rem a sociedade sem as formalidades de publicidade e liquidação normalmente exigidas para as sociedades em geral. E como não há a criação de um novo ente, os custos de manutenção da SCP também são consideravelmente mais baixos do que os de uma sociedade personificada, fazendo desta um tipo de baixo custo operacional¹⁶.

Sendo do interesse do ostensivo não revelar que trabalha com capital alheio, ou a vontade do participante de não querer que se saiba da sua participação numa empresa especulativa (talvez em razão da sua posição social)¹⁷ ou que mantém relações negociais com certa pessoa¹⁸, a característica que ganha destaque é a discrição, porquanto a constituição da SCP 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. Vale dizer, 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, na prática, como sócio oculto. De qualquer forma, mesmo que terceiros tenham conhecimento da sociedade havida entre o ostensivo e participante, não fica desnaturada a conta de participação, como mais adiante veremos.

A discrição é característica consagrada pelo art. 991 do Código Civil, que, de início, esclarece que a conta de participação é 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.

13 GALIZZI. *Sociedade em conta de participação...*, p. 48.

14 RIPERT. *Traité élémentaire de Droit Commercial...*, p. 513.

15 ESCARRA, Jean. *Traité théorique et pratique de Droit Commercial* - Les Sociétés Commerciales, t. 1. Paris: Recueil Sirey, 1950, p. 539.

16 GRANDI, Salvatore. *L'associazione in partecipazione*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1939, p. 5; CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*, art. 2511-2554. Milano: Giuffrè, 2010, p. 425-426.

17 GARRIGUES. *Tratado de Derecho Mercantil...*, p. 186; GHIDINI. *L'associazione in partecipazione...*, p. 58.

18 GARRIGUES. *Tratado de Derecho Mercantil...*, p. 186.