

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

SOCIETY PARTICIPATION IN ACCOUNT: PAST, PRESENT AND FUTURE

ALAN PEREIRA DE ARAÚJO¹

RESUMO

O presente artigo visa examinar a disciplina jurídica da sociedade em conta de participação no Código Comercial de 1850 (o passado), no Código Civil de 2002 (o presente), bem como aquilo que, embora já seja realidade em menor escala, nos parece ser a tendência futura do instituto: a sua potencial funcionalidade como valor mobiliário (contrato de investimento coletivo), sua utilidade no planejamento tributário, inclusive como *joint venture* e, por fim, a exigibilidade, em tese, de sua responsabilidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade em conta de participação – Código Comercial – Código Civil de 2002

¹ Procurador Federal. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público. Mestrando em Direito Empresarial – Faculdade Milton Campos/MG. Belo Horizonte/MG - Rua Santa Catarina, 480 - Cep. 30130-080 – Telefone (31) 3029.3302. – alanbhz@yahoo.com

ABSTRACT

This article aims to examine the legal discipline of society into account participation in the Commercial Code of 1850 (the last), the Civil Code of 2002 (the present), as well as that which, although already a reality on a smaller scale, seems to be the future of the institute trend: its potential functionality such as security (collective investment agreement), its usefulness in tax planning, including as a joint venture and, finally, chargeability, in theory, of its social responsibility.

KEY-WORDS: Society on account of participation - Commercial Code - Civil Code of 2002

1 INTRODUÇÃO

Entre os temas do direito empresarial, a sociedade em conta de participação representa um daqueles pouco explorados, especialmente na graduação, mas de grande relevância, uma vez que tal instituto secular pode se revelar, no caso concreto, como a diferença entre a viabilidade ou não de um projeto, a concretização ou não de um ideal, ao possibilitar que determinado empresário, empreendedor ou sociedade obtenham o capital de que necessitem para a execução do negócio pretendido.

A despeito da antiguidade daquela figura social, verificamos que não há, ao menos nos manuais, estudo aprofundando o tema, que merece atenção por conta de sua aptidão para financiar o empreendedorismo.

Com este nosso artigo, pretendemos ofertar uma despreziosa contribuição para que se promova uma reflexão moderna sobre o tema.

2 O PASSADO: A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO COMERCIAL

No presente tópico, analisaremos brevemente a origem da sociedade em conta de participação e, mais detidamente, sua disciplina jurídica no Código Comercial revogado (arts. 325 a 328).

2.1 Origens históricas

Historicamente, é possível afirmar que a origem da sociedade em conta de participação pode ser encontrada no final da Idade Média e início da Idade Moderna, mais precisamente no período do mercantilismo.²

Esclarece Fran Martins³ que as sociedades em conta de participação provêm das antigas sociedades em comandita, com as quais se confundiam, até que a Lei de Florença, de 30 de novembro de 1408, regulou-as detalhadamente, caracterizando as comanditas como sociedades que possuem patrimônio diverso do patrimônio particular dos sócios.

João Eunápio Borges⁴ se refere a ela como uma “*commenda* a meio caminho de sua evolução”, “uma *commenda* que permanece oculta”. Talvez para viabilizar investimentos e possibilitar o exercício do comércio pelos nobres, que consideravam o seu exercício uma prática vexatória.⁵

Certo é que a sociedade em conta de participação esteve presente no Código francês de 1808, no espanhol de 1829, no português de 1833 e, naturalmente, no nosso Código Comercial de 1850. Encontrou disciplina, ainda, no código alemão de 1866, no belga e no italiano de 1883.⁶

2.2 Noção legal

Dizia o art. 325 de nosso revogado Código Comercial que existe sociedade em conta de participação 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,

² KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação**. Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005, p. 12-13.

³ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 178.

⁴ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 289-288.

⁵ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 138.

⁶ COSTA E NORA, José Zacarias de Almeida Sampaio. Do contrato de conta de participação. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 2, ano 6, nº 2 e 4, 1946, p. 104-107. Este notável autor português, falecido em 1990, tem o mérito de tentar explicar a **origem** da controvérsia acerca da natureza jurídica da sociedade em conta de participação (e não simplesmente reproduzi-la), ou seja, se a mesma é um mero contrato de investimento ou tipo societário, concluindo, ao final, por sua natureza societária.

trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, de modo accidental, momentâneo ou anônimo. Referida sociedade não estaria sujeita às formalidades impostas para a formação das outras sociedades, podendo-se prová-la por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais, com referência expressa ao art. 122 do mesmo código.⁷

Na sociedade em conta de participação, acrescentava o art. 326, o sócio ostensivo era o único a obrigar-se para com terceiros, de sorte que os outros sócios – os participantes – ficavam obrigados apenas para com o ostensivo, nos termos do contrato firmado.

2.3 Características

Embora seja muito comum, na doutrina, reforçar-se o caráter de sociedade momentânea, transitória ou accidental, como se a sociedade em conta de participação fosse criada e estivesse fadada a realizar somente um empreendimento ou negócio durante sua existência, desaparecendo logo em seguida⁸ - o que não tem razão de ser - embora compreensível, João Eunápio Borges⁹, com cientificidade, nos aponta suas características de então: 1) não ser uma pessoa jurídica, mas simples contrato entre um sócio ostensivo e um ou mais sócios ocultos ou participantes; 2) não ter firma ou denominação social, sendo o comércio exercido em proveito de todos, mas sob o nome e a responsabilidade individual do sócio ostensivo; 3) na sociedade em conta de participação anônima é a sociedade, ao passo que na sociedade anônima, por ações, anônimos são os sócios; 4) o sócio ostensivo ou gerente era sempre um comerciante, para que a sociedade fosse considerada mercantil, sob pena de a participação ter caráter meramente civil e não comercial; 5) sua constituição pode se dar verbalmente, ou por escrito, podendo ser provada por todo o gênero de provas admitido nos

⁷ O art. 122 do velho Código Comercial dizia que os contratos comerciais poderiam ser provados por escrituras públicas, escritos particulares, nota de corretores e certidões extraídas de seus protocolos, por correspondência epistolar, pelos livros dos comerciantes e, ainda, por testemunhas. Daí é autorizado o entendimento de que a sociedade em conta de participação pode, perfeitamente, ser constituída também por escritura pública, o que revela que a publicidade não lhe é vedada, mas sim conveniente e até benéfica.

⁸ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 177-178.

⁹ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 289-290.

contratos comerciais, não estando submetidas às exigências pertinentes à constituição, arquivamento e publicidade das demais sociedades.

A sociedade em conta de participação encontra disciplina na lei, sendo, portanto, sociedade regular,¹⁰ ainda que a mesma não possua personalidade jurídica. Pode ser oculta (não conhecida por terceiros), mas não é clandestina. Melhor seria dizer sociedade “discreta”, em tom jocoso, que secreta, a fim de evitarmos qualquer misticismo a seu respeito. Afinal, não é proibido saber de sua existência, fato que não a descaracteriza.

Não é a ocultação, segundo Gladston Mamede¹¹, que dá unidade conceitual à sociedade em conta de participação, mas a sua caracterização como ajuste de abrangência exclusiva entre as partes, não oponível a terceiros e não aproveitável a terceiros, uma vez que o contrato de sociedade em conta de participação produz efeitos somente entre os sócios.

Seja como for e, ainda que tenha por base um contrato participativo, a sociedade em conta de participação foi tratada pelo legislador como verdadeiro tipo societário.

2.4 Espécies de sócios

A sociedade em conta de participação apresenta duas categorias distintas de sócios: a do sócio ou sócios ostensivos e a dos sócios participantes, também chamados de ocultos.

Fábio Ulhoa Coelho¹² destaca que é o sócio ou sócios ostensivos, em conjunto ou separadamente, que assumiam, como obrigação pessoal, as da sociedade e, por isso - ser pessoal a responsabilidade - não se poderia falar em subsidiariedade ou limitação nesta responsabilidade. Desta feita, os sócios ostensivos respondiam ilimitadamente pelas obrigações assumidas, em nome próprio, para o desenvolvimento do empreendimento comum, ao passo que os sócios ocultos não respondiam senão perante os ostensivos e na forma do contrato firmado, ou seja, limitadamente ou não, como pactuado. Lado outro, os sócios ocultos não mantinham qualquer relação jurídica com os credores do empreendimento,

¹⁰ KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação**. Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005, p. 38.

¹¹ MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias**. v. 2., 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137-138.

que deveriam demandar o sócio ostensivo, que então, regressivamente e nas condições contratuais, poderia se voltar contra os ocultos.

O sócio oculto, alerta Cássio Machado Cavalli¹³, é alguém que suporta o risco econômico, mas não é empresário.

De qualquer modo, é importante saber que podemos ter mais de um sócio de cada espécie, nada impedindo que sejam todos comerciantes. Podem ser, ainda, pessoas físicas ou jurídicas.¹⁴

2.5 Os fundos sociais

Dizia o art. 327 do velho Código Comercial que, na mesma sociedade em conta de participação, o sócio-gerente responsabilizava 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.

Assim, explica João Eunápio Borges¹⁵, se os terceiros ignoravam a existência da sociedade, o gerente, em sua atuação, terá responsabilizado todos os fundos sociais, ainda mesmo que o tenha feito por conta de suas obrigações pessoais. Noutro sentir, se os terceiros tinham conhecimento da existência da sociedade, não poderão executar os fundos sociais para se pagarem das dívidas que o gerente houver contraído pessoalmente. Em qualquer caso, a lei resguardava o direito dos sócios participantes prejudicados pelo agir do sócio-gerente.

2.6 A sociedade em conta de participação e o instituto da falência

O tema falimentar foi tratado no art. 328 do Código Comercial, em linguagem naturalmente arcaica e lamentavelmente truncada.

A rigor, quis o legislador dizer que, na falência do sócio-gerente, também serão alcançados todos os fundos sociais, ainda que pertençam apenas aos sócios ocultos, a menos

¹³ CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado econômico**. Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012, p. 109.

¹⁴ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 291-292.

¹⁵ BORGES, op. cit., p. 293.

que se consiga provar que o terceiro já tinha conhecimento, antes da quebra, acerca da existência da sociedade. Em outras palavras, o mencionado art. 328 permite que os sócios participantes resguardem da falência os seus fundos sociais, desde que provem que o terceiro tinha conhecimento, antes da falência, da existência da sociedade em conta de participação.¹⁶

Refletindo sobre a possibilidade de falir a sociedade em conta de participação, Rubens Requião¹⁷, após reconhecer que o sócio ostensivo era o único a obrigar-se para com terceiros, conclui que somente aquele, como gerente que é, fica sujeito à falência, que não atinge os sócios não-ostensivos. Sustenta, assim, com apoio em Miranda Valverde, que a sociedade em conta de participação, **como sociedade que é**, não fica sujeita à falência, que atinge apenas o sócio ostensivo, ou seja, o empresário comercial individual, ou a sociedade que se prestar à condição de sócio ostensivo.

Eis aí, portanto, em linhas gerais, o perfil da sociedade em conta de participação sob a égide do revogado Código Comercial.

3 O PRESENTE: A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No presente tópico, analisaremos a disciplina jurídica da sociedade em conta de participação no Código Civil de 2002 (arts. 991 a 996), buscando identificar-lhe o novo perfil.

3.1 Noção legal atual

Nesta tarefa, útil fixar que a sociedade em conta de participação, no Código Civil de 2002, é aquela sem personalidade jurídica, na qual uma ou mais pessoas (sócios participantes) entregam dinheiro ou outros bens a um empreendedor (sócio ostensivo), que os empregará em negócios determinados, a fim de que, via de regra, ao final do prazo estipulado ou ao término

¹⁶ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 294-295.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 16. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53.

do empreendimento, repartam os resultados. É sociedade que só possui eficácia interna, ou seja, entre os sócios, não aparecendo perante terceiros.¹⁸

Embora escreva didaticamente, Luiz Antônio Soares Hentz¹⁹ foi muito sintético ao tratar da sociedade em conta de participação em sua agradável obra. Limitou-se a dizer que a mesma também faz parte do subtítulo *Da sociedade não personificada* no Código Civil, que sua constituição independe de qualquer formalidade, podendo provar-se por todos os meios de direito, que o contrato social produz efeito somente entre os sócios e, por fim, que a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não lhe confere personalidade jurídica.

Caramuru Afonso Francisco²⁰ foi um pouco mais longe, transcrevendo com mais vigor o texto legal, mas também se ateu ao objetivo de sua obra, exclusivamente voltada para as reais novidades trazidas pelo Código Civil de 2002 ao ordenamento nacional.

Certo é que, na sociedade em conta de participação, diz o art. 991 do Código Civil, 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. Desta sorte, acresce o parágrafo único, obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo, enquanto que o sócio participante se obriga exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do contrato social.

Interessante, porém, observar na obra de Fran Martins²¹, antes mesmo de sua atualização levada a efeito pelo respeitado Carlos Henrique Abrão, que já se admitia a constituição de uma sociedade em conta de participação de caráter civil ou não-empresarial, bastando, para tanto, que o sócio ostensivo não fosse comerciante, exigência feita pelo Código Comercial revogado, mas não reproduzida no atual Código Civil, onde o legislador não condicionou sua estruturação na indispensabilidade da figura do empresário na situação de sócio ostensivo.

3.2 Características

¹⁸ SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 61, jul-set. / 2013, p. 245.

¹⁹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 66.

²⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Código Civil de 2002: o que há de novo?** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 164-165.

²¹ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 188.

Ricardo Negrão²², em estudo unificado do Direito Empresarial, aponta as características da sociedade em conta de participação regida pelo Código Civil, a saber: a) quanto ao exercício da atividade: esta é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu próprio nome, sem a adoção de nome social, enquanto que o sócio participante não pode tomar parte nas relações com terceiros, sob pena de responder solidariamente com o sócio ostensivo; b) quanto à responsabilidade perante terceiros: apenas o sócio ostensivo se obriga perante terceiros; c) quanto à prova da sociedade: esta independe de qualquer formalidade, provando-se por todos os meios de direito; d) quanto aos efeitos do contrato: opera somente entre os sócios, além do que a inscrição no Registro Público não confere personalidade jurídica; e) quanto aos direitos do sócio participante (oculto): é o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais; f) quanto ao patrimônio: os fundos admitidos são considerados patrimônio especial; g) quanto aos efeitos da falência do sócio ostensivo: dá-se a dissolução da sociedade e liquidação da conta: sendo o crédito do participante classificado como quirografário; h) quanto aos efeitos da falência do sócio participante: o contrato é tratado segundo as regras do contrato bilateral da falência (art. 117 da Lei 11.101/2005), sendo que o administrador judicial poderá cumpri-lo, se conveniente para a massa; i) quanto ao ingresso de novo sócio: somente com o consentimento do sócio participante; j) quanto ao modo de liquidação: seguem-se as regras do procedimento de prestação de contas previsto nos arts. 914 a 919 do CPC.

Agregando conhecimento ao nosso estudo, Ana Affonso²³ sintetiza suas atuais características como sendo a impossibilidade de assumir obrigações e ser titular de direitos, quer seja pela ausência de personalidade jurídica, quer seja porque o sócio ostensivo o faz em nome próprio; a impossibilidade de ser parte em processo administrativo e judicial (o art. 7º do CPC se aplica ao sócio ostensivo e não à sociedade, que não possui legitimidade *ad causam* ou *ad processum*, ativa ou passiva e não pode nem mesmo ser citada); a ausência de patrimônio próprio, já que não tem personalidade jurídica, motivo pelo qual as contribuições dos sócios são aportadas em um patrimônio especial alocado na esfera jurídica do sócio ostensivo; a ausência de denominação ou firma social, também decorrente da falta de personalidade jurídica; a ausência de sede ou domicílio, que, entretanto, não impede os sócios

²² NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54-55.

²³ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 53-58.

de elegerem um foro para dirimir os conflitos que surgirem entre si; o prazo determinado ou indeterminado de sua duração, ante a inexistência de dispositivo legal que a constranja ter por objeto o exercício de uma ou mais operações ou a caracterize como sociedade acidental e momentânea; a ausência de requisitos formais (bastando o simples consenso) e a eventual possibilidade de emissão de títulos negociáveis pelo sócio ostensivo e não pela sociedade propriamente dita.

3.3 Constituição

A constituição da sociedade em conta de participação, como vimos, independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito, diz o art. 992 do Código Civil, ou seja, basta o consenso entre os contratantes, no que guarda, por assim dizer, a mesma essência que já constava da parte final do art. 325 do Código Comercial revogado.

A bem da verdade, a sociedade em conta de participação não está obrigada nem mesmo a possuir um cadastro no CNPJ.²⁴

Contudo, alerta Marcelo M. Bertoldi²⁵ ser aconselhável que a SCP seja criada mediante instrumento escrito, podendo o contrato ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis para que não seja confundida com uma sociedade em comum, o que levaria a uma responsabilidade ilimitada de todos os sócios pelas dívidas assumidas em proveito da sociedade, incluídos, aqui, os sócios ocultos.

²⁴ Na SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 121, de 27 de maio de 2014, publicada no DOU de 03/06/2014, seção 1, pág. 36, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) consagrou o entendimento de que compete à mesma “dispor sobre obrigações acessórias, cuja instituição deve constar em ato normativo próprio. A possibilidade de instituição de obrigação acessória por ato infralegal não flexibiliza a necessidade de que a obrigação esteja expressa em ato normativo da RFB. Como obrigação acessória, a Receita Federal pode exigir a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) da Sociedade em Conta de Participação (SCP). A atual Instrução Normativa que trata do assunto determina a inscrição no CNPJ de todas as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas, mas não trata especificamente das SCP. A existência de ato normativo da RFB que desobriga expressamente a inscrição no antigo CGC da SCP continua vigente, e somente poderia ser considerado tacitamente revogado se a atual IN determinasse especificamente a obrigatoriedade de as SCP estarem inscritas no CNPJ. Enquanto não houver a revogação expressa do ato normativo de isenção de obrigação de fazer e/ou a inclusão em ato normativo da obrigatoriedade de SCP se inscreverem em CNPJ, a SCP não está obrigada a se inscrever no CNPJ.” Conclui, portanto, ao final, “no sentido de que a SCP, na atual situação normativa, não necessita se inscrever no CNPJ. Contudo, caso a RFB revogue o item 4 da IN SRF nº 179, de 1987, e/ou conceitue o termo ‘inclusive as equiparadas’ constante do caput do art. 4º da IN RFB nº 1.183, de 2011, e/ou cite nominalmente todas as ‘equiparadas’ sujeitas à inscrição no CNPJ, por se tratar de alteração normativa posterior, a SCP, inclusive a que se refere a consulente, passa a obrigatoriamente ter de se inscrever no CNPJ.”

²⁵ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 178.

De qualquer modo, optando as partes por firmar contrato escrito, este poderá ser formalizado por instrumento público ou particular, sendo possível o registro no Cartório de Títulos e Documentos, a fim de se provar com mais robustez as condições em que se tratou e contratou a sociedade.²⁶

3.4 Contabilidade

Comentando sobre o funcionamento da sociedade em conta de participação, Cícero José Albano²⁷ esclarece sucintamente que “existirá uma conta corrente que é comum aos sócios ostensivos e ocultos, traduzindo monetariamente as operações realizadas e uma ‘participação’ – onde os sócios participam da divisão dos lucros”.

A rigor, a SCP não possui livros comerciais próprios. Por não ser uma pessoa jurídica e existindo apenas entre seus sócios, será nos livros do sócio ostensivo que se farão os lançamentos a ela pertinentes.²⁸ Contudo, destacam Vanessa Sebben e Simone Martins²⁹, com base na Instrução Normativa nº 31/2001 da SRF, que a escrituração contábil da sociedade em conta de participação pode ser feita tanto nos livros do sócio ostensivo, devendo então apurar os resultados em conta separada de suas próprias atividades, quanto em livros próprios da SCP, caso em que, para fins de Imposto de Renda, tema que veremos mais adiante, poderá optar pela tributação pelo lucro real ou presumido, sendo esta última opção a mais vantajosa.

3.5 Efeitos do contrato e despersonalização

Diz o art. 993 do Código Civil que, na sociedade em conta de participação, “o contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.”

²⁶ SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 61, jul-set. / 2013, p. 250.

²⁷ ALBANO, Cícero José. **Direito empresarial**. Curitiba: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia – Paraná, 2012, p. 48.

²⁸ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 187.

²⁹ SEBBEN, Vanessa; MARTINS, Simone. A sociedade em conta de participação e a *joint venture* como ferramentas de planejamento tributário. **Revista CEJ**, v. 15, 2011, p. 84.

O contrato firmado entre o sócio ostensivo e os participantes tem eficácia interna somente e sua eventual inscrição, em qualquer registro, não terá o condão de conferir-lhe personalidade jurídica.

A este respeito, explicam Sívio Venosa e Cláudia Rodrigues³⁰ que qualquer registro que se faça junto aos órgãos registrais, Junta Comercial ou Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, não conferirá personalidade jurídica à sociedade em conta de participação, uma vez que sua natureza despersonalizada decorre de imposição do legislador, inafastável pela vontade das partes.

Acrescenta o parágrafo único que, “sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.”

A leitura deste dispositivo nos permite afirmar que o sócio participante, enquanto sócio, tem, além do direito de participar dos resultados positivos ou negativos do empreendimento, o direito fiscalizar a gestão dos negócios sociais. É natural que seja assim. Contudo, não deve o sócio participante imiscuir-se nos negócios de modo a ser confundido com o sócio ostensivo, ou agir como tal perante terceiros, o que atrairia, para si, uma indesejada responsabilidade solidária com aquele, o ostensivo, pelas obrigações em que intervier.

3.6 Especialização patrimonial e falência dos sócios

Por outro flanco, se o código revogado dispunha sobre os “fundos sociais”, que na verdade não pertenciam à sociedade, integrando o patrimônio do sócio ostensivo porque transferidos ou confiados a este último, a legislação atual (o art. 994 do Código Civil) dispõe que a contribuição do sócio participante constitui, juntamente com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, especialização esta que, diz o §1º, somente produz efeitos em relação aos sócios.

Assim, devemos entender que, diante da ausência de personalidade jurídica, não tem a sociedade em conta de participação patrimônio próprio, mas sim um patrimônio especial – um capital específico - fruto da contribuição dos sócios ostensivo e participante, vocacionado à

³⁰ VENOSA, Sívio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 1047.

realização do objeto social, do empreendimento contratado. A especialização mencionada só produz efeitos internamente à sociedade, vez que, aos olhos de terceiros, cada sócio continua sendo titular de seu patrimônio pessoal, que responderá pelas obrigações que contrair.

No que toca à questão da falência, Fábio Martins Andrade³¹ destaca ser impróprio cogitar da falência ou insolvência civil da sociedade em conta de participação, já que, na realidade, estes fenômenos só podem ocorrer com os sócios que a compõem, sendo mais grave a falência do sócio ostensivo.

Neste sentido, diz o §2º do art. 994 do Código Civil que “a falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário”, que é aquele sem garantia alguma, destituído de qualquer privilégio.³²

Comentando o artigo, Jorge Fujita³³ observa oportunamente que, “se a sociedade possuir mais de um sócio ostensivo e se apenas um deles falir ou tiver declarada a sua insolvência civil, não ocorrerá a liquidação social. A sociedade continuará com os demais sócios ostensivos.”

Recordando também as disposições do art. 994 do Código Civil e, em especial, seu §3º, ensina Gladston Mamede³⁴ que, diante da falência do sócio participante,

[...] o contrato de sociedade em conta de participação fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido, podendo o administrador judicial decidir o cumprimento de sua parte e, destarte, a conservação do negócio, da mesma forma que pode optar por denunciá-lo, exigindo a apuração de haveres; havendo saldo favorável ao falido, será ele arrecadado; havendo saldo desfavorável, será ele habilitado na classe respectiva.

Assim, em apertada síntese, a falência ou insolvência civil do sócio ostensivo, quando único, leva à dissolução da sociedade, ao passo que na falência do sócio participante a sociedade não será dissolvida.

³¹ ANDRADE, Fábio Martins. Da Sociedade em Conta de Participação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, jan./mar., 2008, p. 50.

³² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 16. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 297.

³³ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. SCAVONE JÚNIOR (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 776.

³⁴ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4., 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 481.

Diz o art. 995 do Código Civil que, salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais.

Assim, em regra, não pode o sócio ostensivo, mesmo sendo o administrador dos negócios sociais, admitir novo sócio **ostensivo** sem que os demais sócios, os participantes, o autorizem expressamente. Como exceção, permite-se que o contrato de participação disponha de forma diversa, prevendo, então, a admissão de novo sócio ostensivo mesmo sem o consentimento expresso dos participantes.

A bem da verdade, a restrição só pode ser aplicada em relação ao sócio ostensivo, condutor do negócio. Isto porque, explica José Maria da Costa³⁵, “os sócios ocultos são os investidores, um conjunto de pessoas variadas, que nem se conhecem muitas vezes”.

Comentando este dispositivo, Maria Helena Diniz³⁶ explica que

Tal se dá por tratar-se de sociedade de pessoas, havendo necessidade de se tutelarem os interesses dos sócios participantes, que, por serem investidores, não podem ficar presos ao arbítrio do sócio ostensivo, relativamente ao aumento do quadro societário. O artigo *sub examine* procura tutelar o liame pessoal existente entre os membros dessa sociedade, visto que nela prepondera o *intuitu personae*.

Por fim, aplica-se subsidiariamente à sociedade em conta de participação, comanda o art. 996 do Código Civil, desde que compatível, o disposto para a sociedade simples, que é personificada, regendo-se a sua liquidação pelas normas relativas à prestação de contas na forma da lei processual.

Em outras palavras, diante de eventual omissão legislativa, aplicar-se-á à sociedade em conta de participação, subsidiariamente, no que couber, o disposto nos arts. 997 a 1.038 do Código Civil, o que só vem reforçar o caráter verdadeiramente social da sociedade em conta de participação.

Na hipótese de liquidação da sociedade, na verdade um acerto de contas entre os sócios, como bem observou o professor Jorge Fujita³⁷,

[...] esta se fará em consonância com o procedimento fixado pela lei processual (CPC, arts. 914 a 919), pertinente à ação de prestação de contas. Desta maneira, deverá o sócio ostensivo

³⁵ COSTA, José Maria da. **A sociedade em conta de participação no direito de empresa do Código Civil de 2002**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, 2006, p. 136.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 685.

³⁷ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. SCAVONE JÚNIOR (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 777.

prestar contas, em juízo, aos sócios participantes, a respeito de sua gestão, fornecendo-as na forma mercantil, discriminando o ativo e o passivo e o saldo, credor ou devedor, assim como apresentando os documentos correspondentes.

No caso de se ter mais de um sócio ostensivo, diz o parágrafo único do art. 996, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo, logicamente, cremos, em atenção ao princípio da economia processual.

No tópico seguinte, analisaremos aquelas que acreditamos ser as tendências futuras da sociedade em conta de participação.

4 O FUTURO: SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO EM NOVAS VERSÕES

O momento atual, no qual a dinâmica do Direito Empresarial e a criatividade do empresário são capazes de criar novas figuras jurídicas, novos arranjos contratuais, nos permite entrever novas feições, novas versões da antiga sociedade em conta de participação, que se vai reinventando e evoluindo, a fim de adaptar-se ao comércio do futuro.

Por isto, no presente tópico, analisaremos o valor mobiliário denominado contrato de investimento coletivo e sua umbilical relação com a sociedade em conta de participação; faremos referência à disciplina tributária da sociedade em conta de participação, constante do Regulamento do Imposto de Renda (arts. 148, 149, 254 e 515 do Decreto 3.000/1999), sua utilização com instrumento de planejamento tributário, inclusive *joint venture* e, por fim, cogitaremos de sua responsabilidade social.

4.1 Sociedade em conta de participação e contrato de investimento coletivo

Mesmo João Eunápio Borges³⁸, que iniciou seu estudo sobre a sociedade em conta de participação chamando-a de “esdruxularia” digna de severas críticas, por conta de sua disciplina defeituosa e arcaica, quanto a ser e não ser, ao mesmo tempo, uma sociedade, embrião ou arremedo de sociedade, sociedade frustrada, já que de sociedade só tem o nome, etc, se sentiu forçado a dizer, ao final do Capítulo XXII de sua clássica obra, que, “como

³⁸ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 288-289 e 296-297.

simples contrato de participação, mormente de empregados, interessados nos lucros de uma empresa, é combinação utilíssima e de aplicação prática cada vez mais ampla.”

Se um mestre desta envergadura assim diz, é de se acreditar mesmo que a sociedade em conta de participação não deixa de ser um instrumento de proteção patrimonial e pessoal, especialmente porque toda espécie de responsabilidade decorrente da exploração da atividade empresária é atribuída apenas ao sócio ostensivo.³⁹

Naturalmente, o sócio oculto também está sujeito ao risco econômico do negócio.

Ricardo Kuperman⁴⁰, com olhos na facilidade, agilidade e rapidez próprias da sua constituição e modernização, esclarece que a sociedade em conta de participação vem sendo muito utilizada em empreendimentos de apart-hotéis, *pools* hoteleiros, prédios de salas, perfurações de poços de petróleo, concorrências públicas, atividades de reflorestamento, além de muitos outros negócios. A jurisprudência o confirma.⁴¹

No mesmo sentido foi o emblemático trabalho de Ana Carolina Barbuio Affonso⁴², que ao investigar a função e a prática das sociedades em conta de participação, identificou a sua utilização na estruturação jurídica de negócios e empreendimentos imobiliários, na formalização de *pools* hoteleiros e *flats*, em projetos florestais (Decreto-Lei 1.134/1970 e Decreto 79.046/1976)⁴³ e, ainda, a sua utilização como *joint venture* e contratos de investimento coletivo.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 1047.

⁴⁰ KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação**. Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005, p. 9.

⁴¹ Ilustramos esta afirmação com um caso examinado pela Quarta Turma do STJ, quando julgou o Recurso Especial 192.603/SP. No corpo do acórdão, o relator destacou, invocando lição que extraiu do acórdão proferido no julgamento do REsp nº 168.028/SP que, nos dias atuais, a sociedade em conta de participação “tem tido aplicação com certa frequência nas incorporações imobiliárias e, mais ainda, na exploração dos chamados serviços de *flats*, quando o investidor, sem nenhuma afeição a esse tipo de negócio, adquire suas unidades e as entrega a empresas especializadas, confiando a estas a sua exploração comercial (REsp 192.603/SP, Rel. Min. Barros Monteiro – 4ª Turma, DJ 01/07/2004, p. 197.)

⁴² AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 5-6. No seu esforço de pesquisa, a autora descobriu 14 (quatorze) sociedades em conta de participação registradas na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Examinando-lhes as documentações, entretanto, concluiu que treze delas eram, na verdade, sociedades em nome coletivo! Assim, só uma, a Unimarc – SCP – Monte Carlo era, de fato, sociedade em conta de participação registrada naquele órgão. Daí se vê que o registro de uma verdadeira sociedade em conta de participação na Junta Comercial é raro, a despeito de sua indisfarçável utilidade.

⁴³ Neste ponto, explica a estudiosa que as sociedades reflorestadoras são as sócias ostensivas, ao passo que os investidores são os sócios ocultos, sendo o objeto da SCP a alienação de parcelas do plantio das árvores após o reflorestamento. O tema é interessante e mereceu parecer de Ives Gandra da Silva Martins, especialmente

Neste último caso, Spinelli, Scalzilli, Corradini e Telechea⁴⁴, em articulado conjunto, afirmam com propriedade que a sociedade em conta de participação continua sendo um instrumento atualíssimo de captação de recursos para alocação em atividade produtiva, viabilizando empreendimentos de variados tipos, inclusive no âmbito do mercado de capitais, como no caso dos contratos de investimento coletivo – CIC. Têm razão.

De fato, o inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76 trouxe uma definição genérica e aberta de valores mobiliários, de sorte que, ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, poderão ser considerados como valores mobiliários.

Assim, poderíamos dizer que os chamados contratos de investimento coletivo são negócios jurídicos bilaterais, ofertados publicamente e capazes de gerar um direito de participação, parceria ou remuneração para o contratante-aderente, com rendimentos que serão fruto do trabalho do empreendedor ou mesmo de terceiros, considerados por lei como valores mobiliários e, por isto, sujeitos à tutela da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Dito isto, é possível vislumbrar muitas semelhanças entre a sociedade em conta de participação e o contrato de investimento coletivo. Isto porque (1), em ambos, tem-se uma reunião de pessoas que, aportando recursos, buscam a realização de um empreendimento conjunto com o objetivo de auferir resultado positivo e dividi-lo (fim comum); (2) em ambas as figuras, há visível divisão dos papéis dos envolvidos, pois enquanto na SCP o sócio participante aporta recursos que serão utilizados pelo sócio ostensivo, no contrato de investimento coletivo o investidor aporta recursos para que o empreendedor ou terceiro explore o empreendimento;⁴⁵ (3) sociedade em conta de participação e contrato de

voltado para a análise do art. 31 do Decreto 79.046/1976, que transferiu a obrigatoriedade de promover a manutenção e administração do empreendimento florestal para os sócios ostensivos da SCP até o final da rotação, o que poderia levar até 20 anos, conforme o tipo de floresta incentivada. Tal exigência seria, para aquele jurista, confiscatória e premiava enormemente os investidores. Concluiu o respeitado tributarista ser o art. 31 do mencionado decreto norma meramente indicativa de aplicação obrigatória para os contratos livremente acordados, podendo tal interpretação ser explicada pelo antigo IBDF, numa interpretação lógico-sistemática, através de portarias normativas (AFFONSO, op. cit., p. 150).

⁴⁴ SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 61, jul-set. / 2013, p. 244.

⁴⁵ Ao analisar as características dos contratos de investimento coletivo, especialmente aquela que se refere à origem dos rendimentos que oferece, advindos do esforço do empreendedor ou de terceiros, Haroldo Verçosa pondera que tal característica não afasta a figura da sociedade, lembrando do que se verifica na sociedade em conta de participação quanto ao sócio oculto, na sociedade limitada em relação aos minoritários e nas companhias em relação aos acionistas titulares de ações sem direito a voto, considerados por muitos como meros

investimento coletivo não têm personalidade jurídica, mas (4) ambos possuem eficácia meramente interna; (5) Tanto na SCP quanto no CIC, todo o patrimônio investido fica com o empreendedor; (6) ambos se prestam às mais diversas atividades; (7) em ambos é possível ter-se uma permanente oferta de adesão a novas partes investidoras e constante possibilidade de desistência dos que dela participam, ou seja, são contratos “abertos” neste aspecto subjetivo, autorizando a livre transmissibilidade da posição contratual de investidor; (8) em ambos os casos é possível a emissão de certificados; (9) em ambos é possível estipular a remuneração do sócio ostensivo ou empreendedor, por conta da administração realizada; (10) em ambos os institutos é possível que sócio oculto ou investidor participem de determinadas deliberações da sociedade, desde que não chamem a si o sucesso do empreendimento, que não assumam a condição do empreendedor; (11) em ambos existe liberdade na definição de participação nos resultados, mas (12) não se tem garantia de resultado; (13) ambos podem ter prazo determinado ou indeterminado.⁴⁶

Pelo exposto, podemos dizer que o contrato de investimento coletivo deve ser encarado como uma sociedade em conta de participação – apesar de nem toda sociedade em conta de participação ser um contrato de investimento coletivo, pois, para que se tenha um contrato de investimento coletivo é indispensável que ocorra a oferta pública (art. 2º, IX da Lei nº 6.385/76). Tudo dependerá, no caso concreto, da função desempenhada pela sociedade em conta de participação.⁴⁷

Neste contexto, é possível afirmar que até o advento da Medida Provisória 1.637, de 8 de janeiro de 1998, que enquadrou o contrato de investimento coletivo como valor mobiliário, este só poderia ser tratado como sociedade em conta de participação, nos moldes dos arts. 325 a 328 do Código Comercial revogado. Hoje, porém, o contrato de investimento coletivo está sujeito não só ao regramento da Lei 6.385/1976, como também ao Código Civil (arts. 991 a 996).⁴⁸

investidores, sob a ótica econômica (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A CVM e os contratos de investimento coletivo (“Boi Gordo” e outros). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. SP: Ano XXXVI**, n. 108, 1997, p. 98.).

⁴⁶ SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 61, jul-set. / 2013, p. 280-282.

⁴⁷ SPINELLI, op. cit., p. 283.

⁴⁸ SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 61, jul-set. / 2013, p. 290.

4.2 Imposto de Renda, planejamento tributário e *joint venture*

A sociedade em conta de participação, comumente, permitia aos empresários a exploração de determinada atividade em condições menos onerosas, quanto ao aspecto tributário, se comparada aos demais tipos societários, já que sua renda não sofria tributação por causa da despersonalização, até que, em função dos Decretos-Leis nº(s) 2.303/1986 (art. 7º) e 2.308/1986 (art. 3º), esta situação se modificou, passando a legislação específica a equipará-la às demais sociedades para fins de Imposto de Renda.⁴⁹

Atualmente, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/1999) trata da sociedade em conta de participação em seus arts. 148 (equipara as sociedades em conta de participação às pessoas jurídicas), 149 (estabelece que na apuração dos resultados dessas sociedades, bem como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral e ainda o disposto no art. 254, II do regulamento), 254 (trata da escrituração das operações da sociedade em conta de participação, que poderá ser efetuada nos livros do sócio ostensivo ou em livros próprios)⁵⁰ e 515 (estabelece que o prejuízo fiscal apurado pela sociedade em conta de participação somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma sociedade, sendo vedada a compensação de prejuízos fiscais e lucros entre duas ou mais sociedades em conta de participação ou entre estas e o sócio ostensivo).

Vanessa Sebben e Simone Martins⁵¹, estudiosas das vantagens tributárias oferecidas pela figura da sociedade em conta de participação: ser menos burocrática, concentrar a tributação numa só pessoa (o sócio ostensivo), permitir a redução de custos administrativos

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138-139.

⁵⁰ Art. 254. A escrituração das operações de sociedade em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, observando-se o seguinte:

I - quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação;

II - os resultados e o lucro real correspondentes à sociedade em conta de participação deverão ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros;

III - nos documentos relacionados com a atividade da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com a referida sociedade.

⁵¹ SEBEN, Vanessa; MARTINS, Simone. A sociedade em conta de participação e a *joint venture* como ferramentas de planejamento tributário. **Revista CEJ**, v. 15, 2011, p. 84-85.

(taxas de arquivamento) e fiscais (tributação pelo lucro presumido, com alíquotas mais baixas), concluem que a utilização de uma SCP - o que chamaram de metodologia – pode redundar em economia lícita de tributos (elisão), ou seja, funcionar como importante ferramenta de planejamento tributário, sendo certo que, se o investimento feito for de caráter estrangeiro, ou tem como parceira uma empresa estrangeira, apresentar-se-á como *joint venture*, facilitando as operações econômicas e financeiras em prol de uma otimização de recursos, que muito interessa ao Direito Empresarial.

José Maria da Costa⁵², após bem conceituar a *joint venture*, que sintetizaremos como contrato envolvendo um conjunto de sujeitos de direito, nacionais ou estrangeiros, que realizam aportes variados, sem perda de identidade (personalidade) jurídica ou empresarial, para realização de negócio comum, por tempo limitado, com intuito de obter benefícios econômicos, financeiros ou simples valorização patrimonial, também vê na sociedade em conta de participação uma subespécie de *joint venture*, do tipo *non corporate joint venture*, por se tratar de contrato de colaboração empresarial ou associação de interesses que não implica na criação de uma pessoa jurídica.

Ana Affonso⁵³, com apoio em Gustavo Oliva Galizzi, também enquadra a sociedade em conta de participação como subespécie de *joint venture*, reconhecendo que a sua utilização como instrumento de parcerias internacionais, ou mesmo nacionais, é de grande valia.

4.3 Responsabilidade social

Nos tempos atuais, surge uma nova concepção de Direito Empresarial de modo a oportunizar não só uma reflexão sobre a sua responsabilidade social, mas também sobre sua função ética. Aliás, a função social da empresa conduz também à responsabilidade social, levando o novo sujeito de direito para além dos interesses individuais.⁵⁴

Responsabilidade social, ensina-nos Hugo Cruz Maestri, “é o comportamento ético de uma sociedade ou uma organização empresarial na busca do amplo desenvolvimento de seus

⁵² COSTA, José Maria da. **A sociedade em conta de participação no direito de empresa do Código Civil de 2002**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, 2006, p. 135.

⁵³ AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 152.

⁵⁴ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da UniFil**, ano II, n. 2, 2005, p. 71 e 80.

stakeholders através da integração de normas voluntárias de conduta e/ou da observância de regras cogentes, com o fim de se alcançar a plena dignidade da pessoa humana.”⁵⁵

Contudo, a fim de afastarmos qualquer romantismo nestas palavras, é conveniente esclarecer que a função social da empresa, princípio dotado de exigibilidade e juridicidade, relacionado à função social da propriedade, não se confunde com a responsabilidade social da empresa, proposição ética que mais se aproxima de um dever moral que de uma obrigação jurídica, tendo, pois, caráter dispositivo, embora sem restrição de aplicação.⁵⁶

Certo é que a responsabilidade social pode se mostrar, na prática, como uma estratégia competitiva eficaz, que revela uma preocupação empresarial com objetivos econômicos, ambientais e sociais para além do simples lucro, e capaz de conquistar a simpatia do mercado.

Armando Luiz Rovai⁵⁷, após destacar que a grande novidade trazida pelo Código Civil de 2002, em relação à SCP, foi a possibilidade expressa de os sócios registrarem em Cartório de Registro Público o contrato entre eles celebrado, afirma que as empresas têm uma intrínseca responsabilidade social, não importando a forma de sua constituição ou formatação societária, motivo pelo qual sugere o debate em torno da adoção de uma concepção de responsabilidade social em sociedades em conta de participação que leve em conta o prazo determinado para cumprimento de seus objetivos.

De nossa parte, acreditamos que, para esta ousada empreitada – a de fazer com que a responsabilidade social se firme como obrigação jurídica e não como simples dever moral - o chamado Direito Administrativo Sancionador poderia, não sem grande dificuldade, se mostrar como via adequada da responsabilidade social, conquanto possa se revelar, na prática, uma agressão à livre iniciativa.

De qualquer modo, a questão é importante e merece reflexão, já que a sociedade em conta de participação pode ser usada também como meio de burlar a legislação trabalhista,⁵⁸

⁵⁵ MAESTRI, Hugo Cruz. **Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011, p. 45.

⁵⁶ MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada.** Tese (Doutorado em Direito Comercial). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 93, 108 e 278.

⁵⁷ ROVAI, Armando Luiz. O impacto do código civil de 2002 no direito societário e seus reflexos na responsabilidade social da empresa. In: **Responsabilidade social das empresas** / Carlos Aurélio Mota de Souza (coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 15.

⁵⁸ Foi o que se observou no julgamento Recurso Ordinário em ação civil pública, processo nº 0100600-91.2008.5.04.0008, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), sendo relator o Desembargador José

além da tributária-previdenciária⁵⁹ e consumerista,⁶⁰ caso em que mais exigível será a observância de sua função e responsabilidade sociais.

Felipe Ledur. No caso em questão, a reclamada (sócia ostensiva), talvez incentivada pelo sucesso obtido anteriormente junto à Justiça Federal da 4ª Região e relacionado a uma atuação de natureza previdenciária (processo nº 2002.71.14.001226), constituiu, massificadamente, sociedades em conta de participação com seus gerentes (ex-empregados), incentivados a criar sociedades limitadas (sócios ocultos), que fariam a intermediação na venda de móveis e eletrodomésticos mediante comissão de 5,8%. Ou seja, os empregados da reclamada tinham seus contratos de trabalho rescindidos e passavam a ser empregados das novas sociedades limitadas criadas por seus gerentes, também ex-empregados, agora titulares de pessoas jurídicas diversas, que continuavam gerindo as filiais da reclamada. Neste ajuste vislumbrou o Judiciário Trabalhista uma utilização viciada daquele modelo societário, que estaria sendo inserido num esquema de terceirização ilegal da atividade-fim da reclamada (o comércio por atacado e varejo de máquinas, implementos agrícolas e respectivos acessórios e peças, eletrodomésticos, som, imagem, móveis, tintas, pneus e máquinas e equipamentos de informática), caracterizador de abuso de direito e causador de dano moral coletivo. Isto porque numa verdadeira sociedade em conta de participação, a atividade é gerenciada pelo sócio ostensivo, que se obriga para com terceiros, e não pelos sócios participantes, que mais se assemelham a investidores e apenas fiscalizam os negócios sociais, não assumindo obrigações trabalhistas ou previdenciárias, inexistindo, ainda, a figura do “sócio de serviço” na sociedade em conta de participação. Aplicou-se, então, o art. 9º da CLT (Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Ano VII | Número 118 | 2ª Quinzena de Maio de 2011, p. 15-27). Situação diversa, entretanto, observamos no julgamento de um Recurso Ordinário pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ), processo nº 00922-2005-036-01-00-4, cujo relator foi o juiz Evandro Pereira Valadão, datado de 09.07.2008. Neste feito, a reclamada, sem coação de qualquer natureza, conclamou seus ex-empregados a firmar contrato de sociedade em conta de participação com a mesma, onde seriam os obreiros os sócios ocultos, investindo, para tanto, na sociedade, as suas verbas rescisórias constantes dos acertos respectivos. Após o insucesso do negócio, perfeitamente possível no exercício de qualquer atividade empresarial, pretendeu a reclamante, considerada gerente de equipe, a sua nulidade. Entretanto, entendeu o Judiciário, tanto em primeira como em segunda instâncias, pela validade do contrato de sociedade outrora firmado. Na compreensão da Corte, uma vez preenchidos os pressupostos para existência e validade da sociedade em conta de participação, a anulação da associação do sócio oculto só se faz possível se houver prova da existência de vício na formação da vontade, consubstanciado em erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, dolo ou coação (considerando-se o Código Civil vigente à época de sua formação), de sorte que não provados o vício de consentimento e a fraude alegados, nada havia a modificar na sentença de improcedência, que reconheceu a validade da rescisão contratual operada anteriormente e da constituição da sociedade em conta de participação, da qual a reclamante participou de forma espontânea como sócia oculta, sujeita, naturalmente, aos riscos próprios do empreendimento. Isto nos faz crer que a sociedade em conta de participação pode, também e legitimamente, servir de instrumento para o planejamento empresarial-trabalhista, não sendo correto demonizá-la ou vislumbrar fraude na generalidade dos casos.

⁵⁹ O Instituto Brasileiro de Estudos Tributários noticiou, em 04/09/2014, que a Receita Federal vem, reiteradamente, atuando as sociedades em conta de participação contratadas entre hospitais (os sócios ostensivos) e muitos de seus profissionais de saúde (os sócios ocultos). Ao encontrar provas de que tais profissionais atenderem no hospital, e não apenas se postaram como sócios sem função ativa, meros investidores, entendeu o Fisco (acórdão 2802-003.065, publicado em 22/08.2014) que o arranjo, idealizado como planejamento tributário, foi feito apenas para evitar a contratação daqueles profissionais como prestadores de serviço, que passaram a receber lucros isentos, em vez de remuneração com incidência de contribuições previdenciárias e Imposto sobre a Renda, ou seja, rendimento efetivamente tributável. Fonte: <http://www.ibet.com.br/carf-e-o-planejamento-ilicito-nas-sociedades-em-conta-de-participacao/#more-15067>

⁶⁰ Neste último caso, as fraudes observadas vão desde a publicidade enganosa, capaz de seduzir o consumidor com oportunidades de, rapidamente, adquirir, construir ou reformar imóveis, formalizadas através da contratação de uma sociedade em conta de participação, indo até à promessa de venda de bens a varejo mediante oferta pública e com recebimento antecipado do respectivo preço, ainda que parcialmente, que configura atividade abarcada pelo art. 7º, II da Lei 5.768/1971, caso em que estaremos diante de uma atividade própria de administradora de consórcios, sem a prévia e indispensável autorização do Banco Central, sob a forma de sociedade em conta de participação. Genericamente falando, estaríamos diante de uma ilegal ou, no mínimo,

Está aí, portanto, o futuro da sociedade em conta de participação, considerada definitivamente como sociedade e empresa, a ponto de se lhe exigir a responsabilidade social, mas viabilizando cada vez mais e melhor os mais diversos empreendimentos.

5 CONCLUSÕES

A concluirmos este nosso articulado, forçoso é reconhecer que, embora um pouco negligenciada pelos manuais, a sociedade em conta de participação nunca deixou de ser instrumento útil para o empreendedorismo e para o investidor, mesmo sob a égide do velho Código Comercial, sobretudo antes de 1986, quando então foi equiparada a pessoa jurídica para fins de tributação do Imposto de Renda.

Evidentemente, verificou-se uma evolução legislativa na disciplina jurídica da sociedade em conta de participação no Código Civil em vigor, se comparada à do Código Comercial revogado. Afinal, o legislador dedicou-lhe mais artigos e melhor técnica.

Por outro lado, ainda que a prática a revele como tipo societário de curta duração, para realização de um ou alguns negócios, não se pode mais estigmatizá-la como sociedade momentânea, transitória ou acidental, como se a sociedade em conta de participação fosse criada e estivesse fadada a realizar somente um empreendimento ou negócio no curso de sua existência, desaparecendo logo em seguida, mesmo porque inexistente, na lei em vigor, limitação temporal que autorize aquela compreensão.

Se, como visto, nem toda sociedade em conta de participação se revela como contrato de investimento coletivo, sendo a recíproca verdadeira, atraindo, também, a aplicação do Código Civil (arts. 991 a 996), é possível afirmar que a sociedade em conta de participação pode apresentar-se ainda como subespécie de *joint venture*, se o investimento pertinente é de caráter estrangeiro ou tem como parceira uma empresa estrangeira. De qualquer modo, a sociedade em conta de participação constitui ferramenta utilíssima de planejamento tributário.

irregular captação de poupança popular. Maiores informações podem ser encontradas nos escritos de Marco Antônio Zanellato, professor universitário e operoso Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, e no exame do Procedimento nº 08012.000556/2003-20, que tramitou perante o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/sociedades-em-conta-de-participacao-assinado.pdf>), aos quais remetemos o leitor interessado para futuras pesquisas.

Como já dissemos, o momento atual, no qual a dinâmica do Direito Empresarial e a criatividade do empresário são capazes de criar novas figuras jurídicas e novos arranjos contratuais, nos permite entrever novas feições, novas versões da antiga sociedade em conta de participação, que se vai reinventando e evoluindo, a fim de adaptar-se ao comércio do futuro.

Neste sentido, o futuro da sociedade em conta de participação estaria, a nosso ver, primeiramente, na intensificação de sua utilização como valor mobiliário, sob a forma de contratos de investimento coletivo, especialmente envolvendo negócios imobiliários. Em segundo lugar, é de se vê-la como oportuno e legítimo instrumento de planejamento, não apenas tributário, mas também trabalhista, sobretudo quando efetivamente redundar na melhoria da condição social do trabalhador e, por fim, definitivamente consagrada como verdadeira sociedade e empresa, a ponto de se lhe exigir a chamada responsabilidade social.

Isto é o que nos aguarda.

RESUME

This article aims to examine the legal discipline of unincorporated participation in the Commercial Code of 1850 (the past), the Civil Code of 2002 (the present), as well as that which , although it is already reality on a smaller scale, seems to be the future of the institute trend: its potential functionality such as security (collective investment contract), its usefulness in tax planning, including as joint venture and, finally chargeability, in theory, of its social responsibility .

KEYWORDS: Unincorporated participation - Commercial Code - Civil Code of 2002

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

ALBANO, Cícero José. **Direito empresarial**. Curitiba: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia – Paraná, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins. Da Sociedade em Conta de Participação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, p. 39-56, jan./mar., 2008.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. SCAVONE JÚNIOR (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2006.

CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado econômico**. Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, José Maria da. **A sociedade em conta de participação no direito de empresa do Código Civil de 2002**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, 2006.

COSTA E NORA, José Zacarias de Almeida Sampaio. Do contrato de conta de participação. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, v. 2, ano 6, nº 2 e 4, p. 104-179, 1946.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da UniFil**, ano II, n. 2, p. 67-85, 2005.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Código Civil de 2002: o que há de novo?** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação**. Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005.

MAESTRI, Hugo Cruz. **Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais**. Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias**. v. 2., 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4., 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de direito comercial**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. Tese (Doutorado em Direito Comercial). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 16. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROVAI, Armando Luiz. O impacto do código civil de 2002 no direito societário e seus reflexos na responsabilidade social da empresa. In: **Responsabilidade social das empresas** / Carlos Aurélio Mota de Souza (coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 11-38, 2007.

SEBBEN, Vanessa; MARTINS, Simone. A sociedade em conta de participação e a *joint venture* como ferramentas de planejamento tributário. **Revista CEJ**, v. 15, p. 81-87, 2011.

SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 61, p. 243-296, jul-set. / 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A CVM e os contratos de investimento coletivo (“Boi Gordo” e outros). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, Ano XXXVI, n. 108, p. 91-115, 1997.

Data de recebimento: 11/09/2015

Data de aceitação: 21/12/2015