



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOSÉ BRESSAN MARTINS JÚNIOR**

**ANÁLISE DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO SOB O  
PRISMA DE SUA ATRATIVIDADE**

Florianópolis

2009

**JOSÉ BRESSAN MARTINS JÚNIOR**

**ANÁLISE DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO SOB O  
PRISMA DE SUA ATRATIVIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Humberto Pereira Vecchio

Florianópolis

2009

**JOSÉ BRESSAN MARTINS JÚNIOR**

**ANÁLISE DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO SOB O PRISMA DE  
SUA ATRATIVIDADE**

A presente monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2009

---

Humberto Pereira Vecchio

---

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

---

Luis Carlos Cancellier de Olivo

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer aos que colaboraram decisivamente para que a jornada acadêmica empreendida fosse concretizada e, antes disso, fosse possível, é reconhecer, singelamente, a importância de tais pessoas para a concretização desta relevante etapa da minha existência.

Agradeço, portanto, com o mais elevado sentimento de reconhecimento, ao meu pai e à minha mãe, que tanto se empenharam não só para que minha graduação fosse alcançada, mas também para que esta acontecesse com menor aflição.

De suma importância, igualmente, minhas irmãs, que sempre contribuíram e acreditaram em minha formação, estando sempre ao meu lado.

Impossível não lembrar e agradecer, do mesmo modo, meus amigos, cujas presenças proporcionaram e me proporcionam sincera satisfação e aprazimento, e que tanto concorreram e concorrem para a evolução do meu caráter.

Agradeço aos ex-colegas e amigos do escritório Salles Valente, Guimarães & Santiago, pela experiência profissional transmitida e pela urbanidade com a qual sempre fui tratado.

Aos dois colegas e amigos do escritório Bion & Rodrigues, meus agradecimentos pelo companheirismo e experiência transmitidos diariamente, e também pela compreensão outorgada nos momentos em que precisei me ausentar para concluir este trabalho.

Por derradeiro, externo meu sentimento de gratidão ao Orientador deste trabalho, o qual sempre se mostrou solícito e atencioso aos meus conclames.

MARTINS JÚNIOR, José Bressan. **Análise da sociedade em conta de participação sob o prisma de sua atratividade**. 94 f. Monografia. Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

## RESUMO

A presente monografia examina as características da sociedade em conta de participação, com foco em seus elementos de distinção, objetivando demonstrar as possibilidades negociais concernentes a este tipo societário, bem como as vantagens intimamente relacionadas aos efeitos decorrentes de sua estrutura jurídica. Para melhor visualização global da matéria, há breve introdução sobre o direito societário e os tipos de sociedades empresárias, tornando possível uma melhor reflexão sobre os tópicos direcionados especificamente à conta de participação. A interpretação da legislação de regência é realizada com fulcro na doutrina e na jurisprudência, quando possível, a fim de apresentar um quadro calcado em informações sólidas. O estudo dos caracteres únicos do tipo social possui íntima ligação à receptividade de sua utilização. Desta forma, a natureza jurídica da sociedade, a sua inexistência perante terceiros e as principais consequências advindas desta situação jurídica merecem atenta análise. Em que pese avançado em idade, o instituto da conta de participação, pela flexibilidade que o acompanha, apresenta-se como moderno instrumento jurídico capaz de dar corpo aos mais variados negócios contemporâneos.

Palavras-chave: direito societário, sociedade em conta de participação, sócio participante, sócio ostensivo, sociedade despersonalizada, patrimônio especial.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO 1 – O DIREITO SOCIETÁRIO E OS TIPOS DE SOCIEDADES</b> .....	<b>11</b>
1.1 ESCORÇO HISTÓRICO .....	11
1.2 TEORIA GERAL DO DIREITO SOCIETÁRIO .....	14
1.2.1 Conceito e características básicas das sociedades empresárias .....	14
1.2.2 Sociedade regular e irregular .....	15
1.2.3 Personalização da sociedade empresária e conseqüências.....	17
1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES .....	20
1.4 ESPÉCIES DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS.....	23
1.4.1 Sociedade em nome coletivo.....	24
1.4.2 Sociedade em comandita simples.....	24
1.4.3 Sociedade limitada.....	26
1.4.4 Sociedade anônima.....	28
1.4.5 Sociedade em comandita por ações .....	31
<b>CAPÍTULO 2 - ORIGENS E CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO</b> .....	<b>33</b>
2.1 RAÍZES HISTÓRICAS .....	33
2.2 CONCEITUAÇÃO .....	36
2.3 NATUREZA JURÍDICA .....	40
2.3.1 A necessidade de concorrerem os sócios tanto nos lucros quanto nos prejuízos da sociedade.....	44
2.3.2 Consequências da falta de personalidade jurídica .....	45
2.4 CONSTITUIÇÃO DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....	48
2.4.1 Possibilidade de registro.....	49
2.5 O PATRIMÔNIO ESPECIAL DA SOCIEDADE .....	51
2.6 DISTINÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO DE FIGURAS AFINS .....	53
<b>CAPÍTULO 3 – ELEMENTOS DISTINTIVOS QUE JUSTIFICAM A UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO</b> .....	<b>59</b>

3.1 AS RELAÇÕES EXTERNAS DA SOCIEDADE .....	59
<b>3.1.1 A posição do sócio ostensivo .....</b>	<b>59</b>
3.1.1.1 Impossibilidade do sócio ostensivo ceder os direitos e obrigações relativos ao objeto da sociedade .....	61
<b>3.1.2 Possibilidade de atuação externa e interna do sócio participante .....</b>	<b>62</b>
3.2 FLEXIBILIDADE DE ESTRUTURAÇÃO DA SOCIEDADE .....	63
3.3 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO PARTICIPANTE ....	65
<b>3.3.1 Atitudes possíveis do participante perante a utilização do patrimônio especial, pelo ostensivo .....</b>	<b>71</b>
3.4 POSSÍVEIS VANTAGENS TRIBUTÁRIAS .....	73
3.5 OUTRAS VANTAGENS DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....	75
<b>3.5.1 Desnecessidade de registro da sociedade.....</b>	<b>75</b>
<b>3.5.2 Possibilidade do capital social ser formado por dinheiro, bens e serviços.....</b>	<b>76</b>
<b>3.5.3 Previsão em lei .....</b>	<b>77</b>
<b>3.5.4 Liquidação simplificada da sociedade.....</b>	<b>78</b>
3.6 CONTEMPORANEIDADE E UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....	79
<b>3.6.1 Casos nos quais inexistente a conta de participação .....</b>	<b>84</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>89</b>
<b>ANEXO A – MODELO DE CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....</b>	<b>92</b>

*A friendship founded on business is a good deal better than a business founded on friendship.*

- John D. Rockefeller



## INTRODUÇÃO

O dinamismo contemporâneo da atividade empresarial motiva o surgimento de formas diversas de se associar e de se aplicar recursos. Variados são os instrumentos jurídicos à disposição das pessoas, naturais ou jurídicas, que possibilitam a exploração de determinada atividade ou o investimento ocasional em uma ou mais operações comerciais.

As sociedades, nesse contexto, emergem como ferramentas de severa importância para a organização da atividade empresarial, fazendo parte da estruturação do sistema econômico.

Entre os diversos tipos societários previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a sociedade em conta de participação desponta como modelo *sui generis*, que, por suas características especiais, pode vir a ser o instrumento mais adequado à realização dos anseios do empreendedor e do investidor.

Em que pese ser um modelo societário antigo, tradicionalmente previsto na legislação ocidental, a sociedade em conta de participação, conforme se verá, é utilizável em inúmeras situações atuais, por razões diversas.

Deste modo, o presente trabalho examina os caracteres essenciais da conta de participação, inclusive suas qualidades distintivas, por meio de lições doutrinárias e, quando possível, jurisprudenciais, no intuito de apresentar razões que justificam a atratividade de sua utilização.

No capítulo 1 são apresentadas noções gerais sobre o direito societário, resgatando historicamente suas origens e discorrendo sobre sua teoria geral, com foco nas sociedades empresárias. Sobre estas, traz-se a lume o conceito e características básicas, examinando, ainda, a questão da sociedade regular e irregular, bem como a personalização da sociedade empresária e consequências respectivas. Ainda neste capítulo, as sociedades são classificadas, nos termos colocados pela doutrina, para, em seguida, discorrer-se sobre os tipos societários passíveis de utilização empresarial, previstos na legislação, sendo eles: sociedade

em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.

O capítulo 2 traz as características da sociedade em conta de participação e suas origens históricas. Examina-se a definição da sociedade e sua natureza jurídica, apresentando, quanto a esta, as correntes existentes e as consequências da falta de personalidade jurídica. Neste capítulo é examinada a constituição da sociedade, incluindo a possibilidade de registro. Trata-se, ainda, sobre o patrimônio especial da conta de participação e, por fim, distingui-se a sociedade de institutos afins.

No terceiro e último capítulo são apresentados e examinados os caracteres da conta de participação que sugerem a sua utilização. Assim, as relações externas da sociedade são observadas, com foco na posição do sócio ostensivo e na possibilidade de atuação interna e externa do sócio participante. A flexibilidade de estruturação da sociedade, mediante as possíveis posições dos sócios, também é analisada. É examinada, depois, a responsabilidade do sócio participante e as atitudes que podem ser tomadas por este quanto à utilização do patrimônio especial. As vantagens tributárias da conta de participação são expostas em item próprio, ao passo que outras vantagens, como a desnecessidade de registro da sociedade, a possibilidade da contribuição dos sócios ser formada por dinheiro, bens e serviços, a previsão em lei, e a liquidação simplificada da sociedade, são tratadas em item diverso.

Encerra-se o terceiro capítulo com uma verificação de contemporaneidade e utilização da conta de participação, havendo análise das situações que não ensejam o reconhecimento deste tipo societário.

Por derradeiro, as considerações finais sobre o trabalho são apresentadas.

## CAPÍTULO 1 - O DIREITO SOCIETÁRIO E OS TIPOS DE SOCIEDADES

### 1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

As sociedades são fruto do espírito associativo do homem, tendo surgido em passado remoto, como situações de fato impostas pela necessidade de conseguir os bens necessários à sua sobrevivência. Pode-se dizer, então, utilizando a lição de GONÇALVES NETO (2007, p. 107), que o substrato da sociedade é a “união de pessoas para a realização de um objetivo comum”.

O surgimento do instituto da propriedade individual proporcionou o nascimento de agremiações com finalidades claramente determinadas, mais complexas que aquelas primeiras sociedades, resultando no surgimento das sociedades contratuais. Esta nova concepção foi recepcionada pelos romanos e se diversificou em várias espécies, as quais GONÇALVES NETO (2007, p. 107) elenca:

a *societas omnium bonorum* (ou sociedade universal, que ainda mereceu referência no nosso CC/1916); a *societas universonum quae veniunt* (sociedade de todos os ganhos futuros); a *societas unius rei* (de uma coisa só) e a *societas alicuius negotiationis* (de algum negócio). Além dessas, destacaram-se a *societas publicanorum* (formada por concessionários de obras públicas e de cobrança de impostos) e que já teria alcançado personalidade jurídica por não se extinguir nem se alterar com o ingresso e a saída de sócios) e a *societas vectigalium* (reunindo cobradores de impostos, que, mesmo com a morte de sócio, prosseguia entre os remanescentes).

REQUIÃO (2003, p. 358) segue entendimento da mesma natureza, ao dizer que, na Antiguidade, sobretudo entre os romanos, as sociedades eram perfeitamente reguladas, em que pese o fossem no âmbito do direito civil, porquanto se desconhecia um direito especial para os comerciantes. Esse autor afirma não somente a comunhão de interesses como sendo fomentadora da associação de bens e serviços, mas também certas necessidades familiares, como o prosseguimento do negócio pelos herdeiros do mercador falecido.

Este caráter familiar é vividamente expressado por BORGES (1964, p. 268), ao afirmar que estas sociedades formaram-se, inicialmente, com os membros de uma mesma família “sentados à mesma mesa e comendo do mesmo pão”. Após, com o acolhimento de terceiros nestas sociedades, surgiu a necessidade da união

ser formalizada por contrato, uma vez que os laços de sangue deixaram de ser seu alicerce.

A atuação em comum daquelas sociedades “levava à solidariedade dos sócios pelo cumprimento dos negócios que eram celebrados com terceiros. A solidariedade entre os sócios, por isso, era a regra.” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 107). Assemelhavam-se, então, à sociedade em nome coletivo (REQUIÃO, 2003, p. 358).

A limitação da responsabilidade, desta feita, formou-se lentamente, na Idade Média. Interessante a observação de REQUIÃO (2003, p. 359) sobre as nuances envolvendo a limitação de responsabilidade, naquele período:

É de notar-se que o princípio ou preocupação de ocultação dos sócios parece não ter surgido somente do propósito de restrição e limitação da responsabilidade, mas como decorrência também da prática dos que, impedidos de comerciar, acobertavam-se mediante a organização de sociedade com outrem.

Esta tendência resultou no surgimento das comanditas e da própria sociedade em conta de participação, - cuja análise histórica encontra-se no Capítulo 2, item 2.1 - sendo interessante considerar, igualmente, a influência da legislação canônica, censora dos juros, conforme a narrativa de Raymond-Théodore Troplong (*apud* REQUIÃO, 2003, p. 359-360):

Com efeito, as leis canônicas, por uma reação contra a usura, esse flagelo da civilização romana e de todos os bárbaros, proibiam o empréstimo a juros: elas consideravam o dinheiro como estéril. É em vão que a sutileza dos clérigos orientais havia inventado a fraude dos três contratos para escapar à proibição. Em vão o seu gênio astucioso havia agrupado, conjuntamente, *a sociedade*, *o seguro* e *a venda*, e formado desse trio de convenções permitidas uma combinação que levava ao mesmo fim que a convenção proibida. Os espíritos sinceros e as almas dóceis se amedrontavam com esse subterfúgio, e o zelo de alguns ousados teólogos, para o *legitimar*, não tinha chegado a torná-lo popular. Os capitais ficavam então privados do precioso recurso do empréstimo a juros. Nesse estado, a sociedade em comandita se apresentou naturalmente para tirá-los de sua inação. Pais de família, magistrados, nobres, militares, desejosos de aumentar seu bem-estar pelo proveito de seu dinheiro, o entregavam em comandita a um comerciante de bom renome; esse dinheiro frutificava, e essas pessoas achavam mais cômodo tirar benefício do comércio sem serem comerciantes

As comanditas difundiram-se amplamente, dada as vantagens que ofereciam sobre as sociedades em nome coletivo. No século XVII, momento inicial da política colonialista e de formação do capitalismo mercantil, a necessidade de se agrupar vultosa quantidade de capital, com o concurso do Estado e da ainda arcaica iniciativa privada, deu ensejo à formação das primeiras sociedades por ações (REQUIÃO, 2003, p. 361).

Inobstante, permaneceu a comandita com larga utilização, pelo menos, até meados do século XIX, com a codificação do direito comercial, e início do século XX, com a promulgação do Código Civil de 1916 e pelo advento da Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, instituidora, no meio jurídico pátrio, da chamada sociedade limitada. A nova espécie logo alcançou a preferência dos empresários, “pois o novo tipo de sociedade foi concebido de forma a limitar a responsabilidade de todos os sócios à soma do capital social” (REQUIÃO, 2003, p. 361).

Estes diplomas legais, no dizer de GONÇALVES NETO (2007, p. 108), “estruturaram e definiram os tipos legais de sociedades atualmente existentes”, de forma que o “fenômeno societário tornou-se, e tão cedo não deixará de ser, o centro das atenções do direito e da economia”. A magnitude deste fenômeno, destaca Jorge Henrique Pinto Furtado (*apud* GONÇALVES NETO, 2007, p. 108):

revela-se sob dois aspectos: a freqüência de sua utilização na atividade econômica e a dimensão dos capitais que mobilizam e fazem reproduzir. É, com efeito, um fato elementar dos nossos dias a rarefação do empreendimento individual e a sua circunscrição às tarefas mais elementares da atividade econômica do setor privado, passando a maior parte destas a ser conduzida por sociedades que se tornam extremamente úteis ou mesmo essenciais aos empreendimentos de dimensão considerável

Hodiernamente, vislumbra-se o pujante aparecimento dos conglomerados internacionais e a ocupação da doutrina para analisar juridicamente a estruturação destas empresas em solo brasileiro. Segundo GONÇALVES NETO (2007, p. 108), as multinacionais, ao invés de abrirem filiais no Brasil, criam novas sociedades, sob rígido controle, atuando da mesma forma em outros países, criando uma “sociedade de sociedades” ou “rede de atuação conjunta”.

## 1.2 TEORIA GERAL DO DIREITO SOCIETÁRIO

### 1.2.1 Conceito e características básicas das sociedades empresárias

O direito societário tem nas sociedades sua aplicação concreta. Inicialmente, as sociedades foram estruturadas pelas disposições dos arts. 287 a 353 do Código Comercial de 1850 e em leis esparsas. O Código Civil de 2002 revogou expressamente referidos artigos do Código Comercial, normatizando as sociedades, empresárias e não empresárias, nos arts. 981 a 1.141.

O Código Civil em vigor, assim, deu tratamento unitário a toda matéria societária, sobressaindo-se, nesse contexto, a “sociedade-base”, que é a sociedade simples. Segundo GONÇALVES NETO (2007, p. 109):

Isso é assim porque, excetuando as sociedades por ações, que possuem disciplina própria, as demais sociedades são tratadas exclusivamente no que têm de especial, aplicando-se-lhes, em complemento normativo, as disposições previstas para a sociedade simples

Seguindo este raciocínio, o referido autor chega à conclusão de que a sociedade empresária é aquela cuja atividade econômica não esteja excluída do conceito de empresário, segundo as ressalvas dos arts. 966, parágrafo único, e 971, ambos do Código Civil.

A sociedade empresária, destarte, pode ser definida do seguinte modo (GONÇALVES NETO, 2007, p. 119):

aquela que tem por objeto toda e qualquer atividade econômica que não se insere nas excluídas do conceito de empresário [...] é - insistindo - toda sociedade que tiver por objeto o exercício de atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, que não envolva profissão intelectual ou exploração rural

Na edificação do conceito de sociedade empresária, dois institutos servem de alicerces, para (COELHO, 2003, p. 109): a pessoa jurídica e a atividade empresarial.

No direito brasileiro, as pessoas jurídicas possuem uma divisão em dois grandes grupos: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas

de direito privado. Cada um desses grupos submete-se a distinto regime jurídico. No caso das pessoas jurídicas de direito público, COELHO (2003, p. 109-110) afirma gozarem de “uma posição jurídica diferenciada em razão da supremacia dos interesses que o direito encarregou-as de tutelar”, ao passo que as de direito privado “estão sujeitas a um regime jurídico caracterizado pela isonomia, inexistindo valoração diferenciada dos interesses defendidos por elas”.

Há de se ressaltar que a origem dos recursos é irrelevante para o enquadramento da pessoa jurídica em um enquadramento ou em outro, porquanto o ordenamento contempla pessoas jurídicas formadas exclusivamente por recursos públicos, mas regidas pelo direito privado, como o são as empresas públicas.

O que diferencia a sociedade simples da empresária é o modo de exploração do objeto social, e não a existência de intuito lucrativo (COELHO, 2003, p. 110-111). PAES (1993, p. 63), em sentido semelhante, expressa que a “diferenciação entre sociedades mercantis e civis está na substância do objeto social e não na forma exterior”.

Nesta trilha, COELHO (2003, p. 111) define a sociedade empresária como a “pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações”.

Vale ressaltar, ainda, que será empresária “a sociedade que tiver por objeto, além do exercício de uma profissão intelectual, outra atividade organizada de produção ou circulação de bens ou de serviços” GONÇALVES NETO (2007, p. 119).

### **1.2.2 Sociedade regular e irregular**

Na lição de PAES (1993, p. 64-65), sociedade regular é aquela que “preenche na inteireza os requisitos legais”, enquanto as sociedades irregulares são as que se “contratam verbalmente ou as que, muito embora contratadas por escrito, não tiveram os seus atos constitutivos arquivados no Registro de Comércio”.

Observando o ensinamento de REQUIÃO (2003, p. 381), tem-se:

As sociedades empresárias que arquivam seus contratos ou atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis adquirem, assim, personalidade jurídica. São chamadas, por isso, sociedades *regulares*. Ao revés, as que não o fazem, tenham ou não contrato escrito, eram chamadas sociedades *irregulares*, hoje sociedade em comum

Há que se diferenciar, todavia, conforme preceitua este mesmo autor, a sociedade de fato da sociedade irregular. REQUIÃO (2003, p. 381), aproveitando-se de lição de Waldemar Ferreira, explanou sobre a distinção conceitual entre sociedade irregular e sociedade de fato. Os sócios deixam, às vezes, de pôr a termo o seu ajuste, “e a sociedade, assim constituída, vive, funciona e prospera. Mas vive de fato. Como sociedade de fato se considera”. Há vezes, contudo, em que “ela se organiza por escrito. Articulam-se os dispositivos da lei social. O contrato, porém, não se arquivava no Registro do Comércio. A sociedade é, por isso, irregular”.

MARTINS (2002, p. 144) compreende que, na prática, “as sociedades *de fato* são confundidas com as sociedades *irregulares*, dando-se a uma a denominação das outras”, sendo que, a rigor, as “*sociedades de fato* são aquelas que existem eivadas de nulidades, apresentando-se ao público como se fossem sociedades sem, entretanto, possuírem as formalidades dessas”.

Na doutrina de COELHO (2003, p. 124), esta diferenciação não é feita, dizendo este autor que a “sociedade sem registro é chamada, na doutrina, de sociedade irregular, ou ‘de fato’”, não se esquecendo, todavia, de anotar que “alguns autores adotam a proposta de Waldemar Ferreira”. Segundo COELHO (2003, p. 124), a rigor, “a distinção nem sempre se justifica; ambos os tipos de sociedades, com ou sem ato constitutivo escrito, estão sujeitos ao mesmo regime jurídico decorrente da inexistência do registro”, concluindo que a “distinção somente ganha relevância na discussão sobre o cabimento de ação entre sócios para declarar a existência da sociedade”. Isso porque o art. 987 do Código Civil exige que na sociedade em comum, somente por escrito podem os sócios fazerem prova da sociedade. Em suma, conclui COELHO (2003, p. 125), “aquele que integra uma sociedade ‘de fato’ não tem ação para o reconhecimento do vínculo societário; mas o que integra uma sociedade irregular tem”.



### 1.2.3 Personalização da sociedade empresária e consequências

A consequência mais importante do concurso de vontades individuais que formam a sociedade empresarial é o aparecimento de sua personalidade jurídica (REQUIÃO, 2003, p. 372-373). A pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem, tendo ela, assim, personalidade jurídica distinta da de seus sócios.

É comum dizer-se, em vista ao art. 985 do Código Civil, que a “sociedade só adquire personalidade jurídica com a inscrição do seu ato constitutivo, no registro próprio: o da sociedade simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e o das sociedades empresárias, no Registro Público de Empresas Mercantis” (NETO, 2003, p. 431).

Trata-se, assim, de condição para a aquisição de personalidade jurídica, conforme se depreende da doutrina de REQUIÃO (2003, p. 380-381), ao afirmar estar “perfeitamente claro, no próprio texto legal, que a existência das pessoas jurídicas, e entre elas a das sociedades, começa com a inscrição de seus atos constitutivos no registro que lhes é peculiar”, de modo que “tanto as sociedades *de fato* como as *irregulares* não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no ‘registro peculiar’, que é o Registro Público de Empresas Mercantis”.

MARTINS (2002, p. 148) entende por pessoa jurídica “o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos”, não se confundindo, assim, as “pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio”.

Destarte, na variante de COELHO (2003, p. 112), a personalidade jurídica “é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens em sociedade”, sendo que a distinção entre o sujeito ativo despersonalizado e o personalizado é o regime jurídico a que estão submetidos.

Tais definições acerca do regime jurídico comportam, para COELHO (2003, p. 113), três exceções:

os atos jurídicos típicos da pessoa física, como o casamento ou a adoção, não podem ser praticados pela pessoa jurídica, mesmo se, eventualmente, o ordenamento jurídico deixar de prever vedação expressa neste sentido; os atos jurídicos da essência dos sujeitos de direito despersonalizados podem ser por estes praticados, mesmo se, eventualmente, o ordenamento deixar de autorizá-los expressamente, como no caso da celebração de contrato de trabalho pelo condomínio horizontal; finalmente, o estado, embora seja pessoa jurídica, depende de autorização expressa do direito para praticar, validamente, ato jurídico, em virtude do sentido específico que assume o princípio da legalidade no direito público

A personalidade jurídica, nos moldes acima traçados, implica algumas consequências gerais. MARTINS (2002, p. 155) destaca o patrimônio próprio, o nome social, o domicílio e a nacionalidade. COELHO (2003, p. 113-114), porém, assevera haver três conseqüências bastante precisas: a) titularidade negocial; b) titularidade processual; c) responsabilidade patrimonial. REQUIÃO (2003, p. 382) e GONÇALVES NETO (2004, p. 20-28) também catalogam, às suas maneiras, as consequências mais expressivas decorrentes da personalidade jurídica, de tal sorte que as formulações da doutrina entrelaçam-se.

O patrimônio da sociedade é formado, inicialmente, pela contribuição dos sócios. As contribuições, em seu conjunto, formam o capital social da sociedade, sendo que os sócios possuem apenas direito de crédito, pois o patrimônio pertence não a eles, diretamente, mas sim à pessoa jurídica.

O efeito preponderante da personalidade jurídica quanto ao patrimônio vislumbra-se, então, na ampla autonomia patrimonial adquirida pela sociedade com tal característica. O patrimônio é desta e responde ilimitadamente pelo seu passivo (REQUIÃO, 2003, p. 382).

GONÇALVES NETO (2004, p. 27) fala em “autonomia patrimonial”, exprimindo claramente que:

Autonomia patrimonial da sociedade significa patrimônio distinto e inconfundível com o de seus sócios. Ou seja, os sócios não são condôminos ou co-proprietários dos bens que formam o patrimônio social. Os bens que os sócios trazem para a formação do patrimônio social deixam de lhes pertencer, pois se transferem à sociedade a título de propriedade.

No mesmo sentido segue COELHO (2003, p. 114), ao dizer que “a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir”, havendo, contudo, hipóteses excepcionais, nas quais os sócios também responderão pelas obrigações da sociedade; trata-se da “Teoria da Superação da Personalidade Jurídica” (REQUIÃO, 2003, p. 379).

Vale, deste modo, esposar a lição de GONÇALVES NETO (2004, p. 20-21) acerca da capacidade jurídica da pessoa jurídica, semelhante a da pessoa natural:

Como a pessoa jurídica é uma criação legal que tem por fim atuar como sujeito de direito, à semelhança da pessoa natural naquilo que lhe for compatível, segue-se, como corolário, que, uma vez constituída, ela obtém *ipso facto* plena capacidade para tornar-se sujeito de direito (capacidade de direito ou de gozo) e para exercer direitos e contrair obrigações (capacidade de fato ou de exercício). Não se pode cogitar, no caso, de incapacidade relativa (vinculada à figura da assistência para supri-la) ou de incapacidade absoluta (em que tem lugar a representação, para substituir a manifestação de vontade do absolutamente incapaz): ou a pessoa jurídica existe e há capacidade ou ela não existe (v. g., não chegou a ser criada) e, por isso, não tem como agir, não se cogitando, nessa última hipótese, de capacidade.

A instrumentalização desta capacidade dá-se pelos órgãos de gestão da sociedade, mediante, é claro, pessoas naturais. Na explicação de GONÇALVES NETO (2004, p. 24), “como a pessoa jurídica não tem existência física que lhe permita agir no mundo exterior, é preciso que se sirva de pessoas naturais para produzir a ‘exteriorização’ de seus atos e manifestações”. Logo, em regra, o ato praticado por intermédio da pessoa natural é ato da sociedade, e não daquela, cuja função é apenas exteriorizar a “vontade” da sociedade.

Quanto ao nome social, este tem como função precípua identificar a sociedade. O nome será uma firma ou uma denominação, dependendo do tipo social (MARTINS, 2002, p. 156).

A existência de domicílio significa que a sociedade possui, por ser pessoa jurídica, local físico que corresponda ao seu efetivo domicílio, diverso do domicílio dos sócios: trata-se da sede social. GONÇALVES NETO (2007, p. 127) não considera o domicílio efeito ou atributo da personalização, pois pode existir

sociedade dotada de personalidade jurídica sem domicílio, como quando há expropriação da única sede de uma sociedade, por exemplo.

Ainda, tal como ocorre com as pessoas naturais, as sociedades possuem nacionalidade, na acepção de MARTINS (2002, p. 157). O interesse da nacionalidade será o de saber-se a legislação aplicável à “constituição ou ao funcionamento da sociedade”. As sociedades formadas de acordo com a lei brasileira e com sede no país são consideradas brasileiras, apresentando-se irrelevante, quanto a esse aspecto, a nacionalidade dos sócios. Há, todavia, para certos tipos de atividades, restrição ou proibição à participação de estrangeiros como sócios.

O existir de uma real nacionalidade, porém, é matéria com divisão na doutrina. GONÇALVES NETO (2007, p. 523-524) exclama:

O fato de a lei ordinária chamar de nacional a sociedade que aqui se constitui e que aqui tem sua sede administrativa para distingui-la da outra, a que denomina estrangeira, não significa que esteja atribuindo uma nacionalidade, na acepção própria da palavra, a esta ou àquela; apenas adota essa nomenclatura para definir as diferenças do regime jurídico aplicável a cada qual.

Por fim, insta consignar que a personalidade jurídica não é *condicio sine qua non* para o reconhecimento de sociedade, conforme disciplinam BRANDÃO (1990, p. 25) e REQUIÃO (2003, p. 381). Aquele autor utiliza como exemplo a própria sociedade em conta de participação, enquanto este cita as sociedades de fato e as irregulares.

### 1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES

Em conformidade com REQUIÃO (2003, p. 361), as sociedades podem ser classificadas segundo critérios diversos. MARTINS (2002, p. 160) afirma que os sistemas de classificação fundam-se “ou na influência das pessoas dos sócios na sociedade, ou na responsabilidade assumida quanto às obrigações sociais”.

COELHO (2003, p. 115) entende que a classificação mais pertinente, pautada por sua importância, é aquela que, primeiramente, classifica as sociedades de acordo com a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; após, a

classificação ligada ao regime de constituição e dissolução e, por fim, a classificação referente às condições para alienação da participação societária.

GONÇALVES NETO (2004, p. 39) opta pela divisão em dois grandes grupos: “(i) um deles separando-as em razão da amplitude dos vínculos societários que envolvem os sócios, e (ii) o outro tendo em conta a natureza do objeto que elas visam realizar”.

Pautando-se pela classificação tendo por perspectiva as pessoas dos sócios, MARTINS (2002, p. 161) compreende que as sociedades podem ser classificadas em sociedades de pessoas e sociedades de capitais, definindo-as na forma que segue:

*Sociedade de pessoas* são aquelas em que a pessoa do sócio tem papel preponderante, não apenas na constituição como durante a vida da pessoa jurídica. Assim, constituindo-se uma dessas sociedades, ficará, na sua existência, subordinada à pessoa dos sócios: a morte ou incapacidade de um refletirá na pessoa jurídica, provocando a sua dissolução.  
[...]

*Sociedades de capitais* são as em que a pessoa do sócio não é levada em consideração para seu funcionamento, não sofrendo, assim, nenhuma alteração a pessoa jurídica com a mudança ou incapacidade dos sócios. Para essas sociedades a importância principal está na contribuição do sócio para o capital; a sociedade não indaga quem é o possuidor dessa contribuição, que pode ser pessoa física ou jurídica, menor ou maior, incapaz ou capaz. Existindo o capital social regularmente, tais sociedades podem funcionar mesmo sem a colaboração individual dos sócios.

REQUIÃO (2003, p. 363) adota a classificação acima, por entender que a mesma possui melhor sistematização, “muito embora Vivante tenha considerado esse critério mais brilhante que sólido”.

Ao explicar sobre dita classificação, COELHO (2003, p. 121) a chama de “classificação quanto às condições de alienação da participação societária”.

MARTINS (2002, p. 162), analisando a classificação tendo em vista a responsabilidade dos sócios, afirma que no direito brasileiro:

existem sociedades comerciais em que todos os sócios respondem, de forma subsidiária, pelos compromissos sociais, sociedades em que alguns sócios respondem ilimitadamente, de forma solidária e de modo subsidiário, pelas obrigações, enquanto outros sócios respondem apenas pelas importâncias com que entraram para formação do capital social; e, finalmente, sociedade em que todos os sócios limitam a sua

responsabilidade, seja à importância que subscreveram para a formação do capital social, seja ao total desse capital.

Quanto a esta última classificação, deve-se ter em mente, para absoluto esclarecimento, que as sociedades comerciais respondem sempre ilimitadamente pelas obrigações que assumirem (MARTINS, 2002, p. 162).

No tocante à amplitude dos vínculos societários, GONÇALVES NETO (2004, p. 40) assevera que as sociedades podem ser universais e particulares. Essa classificação, segundo o próprio autor, é considerada obsoleta, em que pese ainda estar sendo utilizada para resolver litígios envolvendo uniões estáveis.

Observar as sociedades a partir do seu objeto social, por outro lado, apresenta-se em maior consonância com o Código Civil atual. No dizer de GONÇALVES NETO (2004, p. 43):

o vigente Código Civil separou as sociedades em empresárias e simples (ou não empresárias). Considerou empresárias aquelas que exercem atividade própria de empresário, isto é, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e de serviços; e, simples, as demais. Excluiu do âmbito das empresárias as que têm por fim o exercício de atividades intelectuais e, independentemente do objeto, reputou (i) empresárias as sociedades por ações e (ii) simples as cooperativas.

Por fim, analisando a classificação ligada ao regime de constituição e dissolução das sociedades, COELHO (2003, p. 120) relaciona dois grupos, cada um possuindo um regime constitutivo e dissolutório específico. Utilizando esse critério, têm-se as sociedades contratuais e as sociedades institucionais. Aquelas possuem o contrato social como ato constitutivo e regulamentar, ao passo que estas possuem o estatuto social como ato regulamentar.

Nas sociedades contratuais, segundo MARTINS (2002, p. 163), a “influência das pessoas dos sócios se faz sentir durante toda a vida social, subordinando a pessoa jurídica às condições jurídicas dos sócios”, ficando aquela a depender destes.

Situação diversa ocorre nas sociedades institucionais. Nestas, consoante afirma MARTINS (2002, p. 163), “as pessoas que se reúnem para constituir a sociedade, uma vez criada a pessoa jurídica, não representam para ela mais que meros contribuintes para o capital, com direito à participação nos lucros

pela mesma obtidos”. Logo, enquanto nas sociedades contratuais requer-se o consentimento dos sócios para que um novo sócio seja admitido, “já que de um contrato só podem participar pessoas que sejam aceitas por todos os contratantes” (MARTINS, 2002, p. 164), nas sociedades institucionais os sócios não podem impedir que um terceiro venha a se colocar em situação idêntica a eles. Falece, neste caso, para MARTINS (2002, p. 164), “o poder de consentimento, essencial na formação dos contratos. E por assim acontecer, pode-se seguramente afirmar que tais sociedades não funcionam a base de um contrato, não podendo nenhum sócio eficazmente opor-se à entrada ou retirada de outro”.

Por derradeiro, MARTINS (2002, p. 164) entende que a tendência moderna do direito empresarial é considerar as sociedades em geral como instituições e não contratos.

#### 1.4 ESPÉCIES DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

As sociedades empresárias podem ser de várias espécies, cada qual com características próprias. Adotou-se, no direito pátrio, o princípio da tipicidade, pelo qual as sociedades empresárias devem adotar um dos tipos previstos em lei. Segundo GONÇALVES NETO (2004, p. 45), esse princípio justifica-se “por razões de segurança jurídica, em favor de quem contrata com a sociedade (para que tenham, de pronto, a identificação da garantia de seus créditos) e no interesse dos próprios sócios (notadamente minoritários, quanto aos direitos que lhes são assegurados em cada qual dos tipos).”

O art. 983 do Código Civil considera empresária a sociedade instituída segundo um dos tipos regulados nos seus arts. 1.039 a 1092, quais sejam: a sociedade em nome coletivo ou solidária; a sociedade em comandita simples; a sociedade limitada; a sociedade anônima ou companhia; a sociedade em comandita por ações.

Para GONÇALVES NETO (2007, p. 121), a sociedade em conta de participação, “no sistema do Código, não integra o rol por não possuir personalidade jurídica e por ser tipo não mais exclusivo de sociedade empresária”.

Todavia, o parágrafo único do art. 983 ressalva as disposições concernentes à conta de participação, de modo que esta tanto pode ter por objeto o exercício de uma atividade própria de empresário, como outra qualquer. Logo, GONÇALVES NETO (2007, p. 122) conclui que a sociedade pode caracterizar-se como simples ou empresária, dependendo do seu objeto.

#### **1.4.1 Sociedade em nome coletivo**

Conceitua-a GONÇALVES NETO (2007, p. 277) como:

o tipo de sociedade empresária que tem por sócias apenas pessoas naturais, nas quais deve obrigatoriamente recair a escolha de seu administrador, sendo todas responsáveis subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações sociais, em caráter solidário e ilimitado

A sociedade em nome coletivo, regulada nos arts. 1039 a 1044 do Código Civil, possui como principal característica a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios, pelas obrigações sociais (REQUIÃO, 2003, p. 415). Somente pessoas naturais podem ser sócias deste tipo societário (art. 1039 do Código Civil).

A responsabilidade dos sócios, em que pese ser ilimitada, é subsidiária, podendo os sócios, ainda, redistribuir entre si a responsabilidade de cada um, limitando-a de algum modo. Tal limitação da responsabilidade, contudo, não é oponível a terceiros (REQUIÃO, 2003, p. 416-417).

Somente os sócios podem encarregar-se da gerência da sociedade. A razão social é constituída do nome de todos os sócios ou de alguns, seguido da expressão “& Companhia”, por extenso ou abreviadamente.

#### **1.4.2 Sociedade em comandita simples**

Nas palavras de REQUIÃO (2003, p. 417):

Ocorre a sociedade em comandita simples quando duas ou mais pessoas se associam, para fins comerciais, obrigando-se uns como sócios solidários, ilimitadamente responsáveis, e sendo outros simplesmente prestadores de capitais, com a responsabilidade limitada às suas contribuições de capital. Aqueles são chamados *sócios comanditados*, e estes, *sócios comanditários*.



Esta sociedade é regulada nos arts. 1.045 a 1.051 do Código Civil. Os sócios comanditados devem necessariamente ser pessoas naturais e somente estes podem ser administradores. Os sócios comanditários, por sua vez, podem ser pessoas naturais ou jurídicas (COELHO, 2003, p. 149).

O sócio comanditário não pode intrometer-se na administração da sociedade, sob pena de se tornar solidária e ilimitadamente responsável pelas obrigações sociais, ocorrendo o mesmo se a razão social for composta pelo nome do comanditário, porquanto somente os comanditados podem constituir a razão social.

O comanditário, ainda, pode ser procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais. A amplitude da responsabilidade do comanditário pela intromissão na gerência da sociedade é palco de dúvidas, perguntando-se se aquela torna o sócio solidária e ilimitadamente responsável, ou responsável solidária e ilimitadamente apenas pela obrigação que realizou. Para REQUIÃO (2003, p. 419):

Há de se analisar se o negócio realizado pelo comanditário, com violação da regra proibitiva, foi de pequena monta ou de tal intensidade que comprometa seriamente a sociedade. No primeiro caso não se justificaria a aplicação draconiana do preceito legal, mas, no segundo, a sanção não poderia deixar de prevalecer. Por outro lado, se a infração à lei e ao contrato for praticada reiteradamente, o sócio comanditário passa, evidentemente, a responder, como o comanditado, por todas as obrigações sociais.

Se houver morte de sócio comanditado, opera-se a dissolução parcial da sociedade, salvo previsão contratual estipulando o ingresso dos sucessores. Na morte de comanditário, contudo, a sociedade continuará com os sucessores, cabendo a estes indicar um representante, salvo previsão expressa em contrário.

Por tais razões, COELHO (2003, p. 150) conclui haver variação da natureza da sociedade, podendo ser personalística ou capitalista, de acordo com a espécie de sócio falecido. Nas palavras deste autor, “entre os comanditados, ela é ‘de pessoas’, salvo se o contrato dispuser em contrário, e, entre os comanditários, é de ‘capital’, a menos que disposto em sentido diverso no contrato”.

### 1.4.3 Sociedade limitada

Introduzida no nosso direito em 1919 pelo Decreto n. 3.708 e hoje regulada nos arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil, a sociedade limitada é o modelo societário mais utilizado no Brasil, representando mais de 90% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais (COELHO, 2003, p. 153).

Referido sucesso, no entender de COELHO (2003, p. 153), deve-se à limitação da responsabilidade dos sócios e à contratualidade. A limitação da responsabilidade é vista por GONÇALVES NETO (2007, p. 301) como a mais importante característica deste tipo societário.

Na sociedade limitada, em regra, cada sócio responde unicamente pelo valor de suas respectivas cotas, todos garantindo a integralização do capital social. Estando o capital integralizado, os credores sociais não poderão executar seus créditos no patrimônio particular dos sócios, de modo que, em caso de falência da sociedade, preservam-se os bens daqueles (COELHO, 2003, p. 153).

Assim, o sócio tem duas ordens de obrigações, no dizer de GONÇALVES NETO (2007, p. 302): “(i) a de realizar o valor da respectiva quota e (ii) a de garantir a integralização das quotas dos demais sócios”. A contribuição do sócio deve ser, necessariamente, em dinheiro ou em bens com expressão econômica mensurável, proibindo-se a contribuição que consista em prestação de serviços, a teor do art. 1.055, parágrafo segundo, do Código Civil.

A característica da contratualidade, realçada por COELHO (2003, p. 153), expressa que as relações entre os sócios podem pautar-se nas disposições de vontade destes, “sem os rigores ou balizamentos próprios do regime legal da sociedade anônima, por exemplo. Sendo a limitada contratual, e não institucional, a margem para negociações entre os sócios é maior”.

Havendo omissão no capítulo do Código Civil referente à sociedade limitada, aplicam-se as regras da sociedade simples (art. 1053, *caput*), podendo o contrato, todavia, preceituar a aplicação da Lei das Sociedades Anônimas como regra supletiva. COELHO (2003, p. 155) entende que, caso o Código Civil seja

lacunoso, “poderá o juiz aplicar a LSA, mesmo que o regime de regência supletiva da limitada seja o das sociedades simples.”

Este mesmo autor lembra, igualmente, em razão da natureza contratual das limitadas, que a constituição e dissolução destas sociedades seguem a regra do Código Civil, independentemente da possível regência supletiva da Lei das Sociedades Anônimas, pois tais situações encontram-se reguladas naquele diploma legal.

Há exceções à regra da limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada, de modo que, excepcionalmente, os sócios responderão subsidiária, mas ilimitadamente, pelas obrigações da sociedade. COELHO (2003, p. 158-159) fornece um rol taxativo das situações:

- a) os sócios que adotarem deliberação contrária à lei ou ao contrato social responderão ilimitadamente pelas obrigações sociais relacionadas à deliberação ilícita. Os sócios que dela dissentirem deverão acautelar-se, formalizando sua discordância, para se assegurar quanto a esta modalidade de responsabilização (CC/2002, art. 1.080; Dec. N. 3.708/1919, art. 16);
- b) a sociedade marital, isto é, a composta exclusivamente por marido e mulher, inobstante jurisprudência pacificada no STF, tem, por vezes, sido entendida como nula, porque importaria, segundo certas lições, em fraude contra o direito de família. O Código Civil de 2002, inclusive, proíbe a sociedade marital se o regime de bens no casamento for o da comunhão universal ou separação obrigatória (art. 977). Assim, se, a despeito da proibição legal, for registrada na Junta Comercial sociedade composta exclusivamente por marido e mulher, os seus sócios responderiam ilimitadamente pelas obrigações sociais;
- c) a Justiça do Trabalho tem protegido o empregado deixando de aplicar as regras de limitação da responsabilidade dos sócios. Tal orientação, de base legal questionável, deriva, na verdade, da intenção de proteger o hipossuficiente, na relação de emprego;
- d) se o sócio fraudar credores valendo-se do expediente da separação patrimonial, poderá ser responsabilizado ilimitadamente por obrigação da sociedade, em decorrência da teoria da desconsideração da pessoa jurídica (CC/2002, art. 50);
- e) débitos junto à Seguridade Social (INSS), em razão do disposto no art. 13 da Lei n. 8.620/93, podem ser cobrados de qualquer sócio da sociedade limitada<sup>1</sup>.

No tocante às cotas sociais, J. X. Carvalho de Mendonça (*apud* REQUIÃO, 2003, p. 480) nelas enxerga um direito de crédito futuro, correspondente a parte do sócio na sociedade. As cotas podem ser objeto de cessão, devendo esta observar, contudo, o disposto no contrato social.

---

<sup>1</sup> O art. 13 da Lei n. 8.620/93 foi revogado pela Lei n. 11.491, de 27 de maio de 2009.

As deliberações, regra geral, ocorrem por maioria dos votos dos sócios presentes à assembléia ou reunião, computados proporcionalmente ao número de cotas de cada um. Há casos, porém, em que a maioria do capital social presente ao encontro de sócios não é suficiente para deliberar sobre a questão, devendo-se observar o quorum exigido por lei. COELHO (2003, p. 161-162) discrimina os casos:

a) *unanimidade*, para destituir administrador sócio nomeado no contrato social, se não previsto neste um *quorum* diverso, maior ou menor; b) *unanimidade*, para designar administrador não-sócio, se o capital social não está totalmente integralizado; c) *unanimidade*, para dissolver a sociedade com prazo determinado; d) *três quartos do capital social*, para modificação do contrato social, salvo nas matérias sujeitas a *quorum* diferente; e) *três quartos*, para aprovar incorporação, fusão, dissolução da sociedade ou levantamento da liquidação; f) *dois terços*, para designar administrador não-sócio, se o capital social está totalmente integralizado; g) *mais da metade do capital*, para designar administrador em ato separado do contrato social; h) *mais da metade do capital*, para destituir administrador sócio designado em ato separado do contrato social; i) *mais da metade do capital*, para destituir administrador não sócio; j) *mais da metade do capital*, para expulsar sócio minoritário se permitido no contrato social; k) *mais da metade do capital*, para dissolver a sociedade contratada por prazo indeterminado.

A administração da sociedade limitada pode se dar de diversos modos, podendo ser escolhido para administrar a sociedade, inclusive, pessoa estranha ao quadro societário. Da mesma forma, a administração pode ser colegiada (REQUIÃO, 2003, p. 498-499).

Por fim, pode o contrato constitutivo da sociedade criar um conselho fiscal, no afã de fiscalizar os atos de gestão da sociedade. A existência deste órgão é facultativa (REQUIÃO, 2003, p. 512).

#### **1.4.4 Sociedade anônima**

A sociedade anônima é regulada pela Lei n. 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades por Ações (LSA). Conceituando-a, diz MARTINS (2002, p. 229):

*Sociedade anônima* é a sociedade em que o capital é dividido em ações, limitando-se a responsabilidade do sócio ao *preço de emissão* das ações subscritas ou adquiridas. Essas sociedades têm um modo de constituição próprio e o seu funcionamento está condicionado a normas estabelecidas na lei ou no estatuto. São consideradas *sociedades institucionais* ou

*normativas e não contratuais*, já que nenhum contrato liga os sócios entre si. As sociedades anônimas em regra são reguladas por leis especiais.

PAES (1993, p. 168) aponta como características principais da sociedade anônima: a) o capital dividido em ações; b) a responsabilidade do acionista estar limitada ao preço das ações subscritas. MARTINS (2002, p. 233), a seu turno, a distingue dos demais tipos de sociedades pelas seguintes características:

- a) divisão do capital social em partes, em regra, de igual valor nominal. Essas partes do capital são denominadas *ações*;
- b) responsabilidade dos sócios limitada apenas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, não respondendo, assim, os mesmos, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade;
- c) livre cessibilidade das ações por parte dos sócios, não afetando à estrutura da sociedade a entrada ou retirada de qualquer sócio;
- d) possibilidade da subscrição do capital social mediante apelo ao público;
- e) uso de uma *denominação* ou *nome de fantasia* para nome comercial, devendo, contudo, a essa denominação serem sempre acrescidas as palavras *sociedade anônima*, por extenso ou abreviadamente. A palavra *companhia*, antecedendo a denominação social é sinônima da locução *sociedade anônima*, sendo essa, assim, dispensável, quando aquela for empregada;
- f) possibilidade de pertencerem à sociedade menores ou incapazes, sem que esse fato acarrete nulidade para a mesma.

As sociedades anônimas são consideradas pela doutrina como sendo de capital, pois, no dizer de MARTINS (2002, p. 233), “vivem em função deste, não merecendo atenção especial a pessoa dos sócios”. Os títulos representativos da participação acionária, chamados ações, são negociados de forma livre, não podendo os acionistas impedir, assim, o ingresso de determinada pessoa no quadro de sócios. Nesse mesmo raciocínio, COELHO (2003, p. 178) afirma que a penhora de ação do acionista será sempre possível.

Este mesmo autor expressa que o sucessor de titular de uma ação não pode ser impedido de ingressar na sociedade, não podendo, igualmente, pleitear a apuração dos haveres do titular, de forma que o herdeiro ou legatário de uma ação transforma-se, necessariamente, em acionista da sociedade anônima.

O objeto social da sociedade pode ser qualquer um, desde que não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes, cabendo salientar que,

independentemente do objeto, a sociedade será sempre considerada empresária, por força do art. 982 do Código Civil.

Classificam-se as sociedades anônimas em abertas e fechadas. MARTINS (2002, p. 236) as define do seguinte modo:

as sociedades que têm as suas ações negociadas nesse mercado especial (por intermédio das Bolsas de Valores ou no chamado *mercado de balcão*, que é o realizado através de entidades que não Bolsas mas que estão devidamente autorizadas a servir de intermediárias nessa negociação) são chamadas *sociedades abertas*; quando as ações das sociedades não são negociadas por intermédio dessas instituições especiais, a sociedade é denominada de *sociedade fechada* (Lei 6.404, art. 4º)

O capital da sociedade pode ser formado com contribuições não somente em dinheiro, mas também em bens de qualquer espécie, desde que suscetíveis de mensuração econômica (PAES, 1993, p. 170). Este capital é dividido em partes denominadas ações, as quais, em princípio, possuem igual valor nominal, quando todas as ações são dessa modalidade. Há, contudo, a possibilidade de emissão de ações sem valor nominal, a ser regulada expressamente pelo estatuto social (MARTINS, 2002, p. 239).

No tocante à constituição, MARTINS (2002, p. 260) assevera que a constituição das sociedades anônimas difere severamente da dos demais tipos societários, pois a “lei determina a observação de requisitos preliminares, que deverão ser cumpridos obrigatoriamente, sem o que a sociedade não se constituirá”.

Os requisitos preliminares, que necessariamente devem ser cumpridos, para a constituição das sociedades anônimas, são os seguintes, no entender de MARTINS (2002, p. 260):

- a) a subscrição por um número mínimo de duas pessoas de *todo* o capital social;
- b) a realização da décima parte, no mínimo, do *preço de emissão* das ações subscritas em dinheiro;
- c) o depósito, em um banco, das importâncias recebidas pelos fundadores referentes às ações subscritas em dinheiro.

Poderão os subscritores iniciais serem pessoas naturais ou jurídicas. A subscrição poderá ser pública ou particular. Naquela, “os fundadores buscam

recursos para a constituição da sociedade junto as investidores”, ao passo que nesta “inexiste esta preocupação por parte dos fundadores”, conforme explica COELHO (2003, p. 184).

Os administradores da sociedade anônima são aqueles que compõem o conselho de administração e a diretoria, possuindo como deveres: diligência, lealdade e transparência, esta no sentido de informar qualquer fato relevante que possa influir na decisão dos investidores do mercado (COELHO, 2003, p. 200-201).

É nacional a sociedade organizada em conformidade com a lei brasileira e que tem no Brasil a sede de sua administração (MARTINS, 2002, p. 277). Por fim, o Código Civil, à vista do seu art. 1.089, aplica-se a esse tipo societário somente nas omissões da LSA.

#### **1.4.5 Sociedade em comandita por ações**

As sociedades em comandita por ações, à semelhança das sociedades em comandita simples, possuem duas espécies de sócios, conforme explica GONÇALVES NETO (2007, p. 415):

(i) o sócio comanditado, que administra a sociedade e, como tal, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e (ii) o sócio comanditário que, como qualquer acionista de companhia, tem sua responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

Desta feita, havendo mais de um sócio comanditado, a responsabilidade pelas obrigações sociais será solidária entre eles.

Aplicam-se às sociedades em comandita por ações todas as normas relativas à sociedade anônima, com as observações dos arts. 1.090 a 1.092 do Código Civil (COELHO, 2003, p. 223).

GONÇALVES NETO (2007, p. 415) caracteriza este tipo societário com quatro atributos:

- a) possuir sócios com responsabilidade ilimitada e limitada, nisso equiparando-se à sociedade em comandita simples, mas dela divergindo por seu capital ser dividido em ações, como na sociedade anônima;
- b) seus diretores serem necessariamente acionistas, não se permitindo que as funções sejam exercidas por pessoas estranhas ao quadro social;
- c) ter o capital dividido em ações, nos moldes da sociedade anônima;
- d) ser facultado o uso de firma ou denominação social, à semelhança da sociedade de responsabilidade limitada, compondo-se a primeira com nome de sócio comanditado.

Registradas estas características próprias da comandita por ações, todas as demais normas pertinentes às sociedades anônimas, tais quais, informa COELHO (2003, p. 224), as relativas às espécies, forma e classe de ações, debêntures, partes beneficiárias, constituição e dissolução, poder de controle, direitos essenciais do acionista, encontram igual aplicação perante as sociedades em comandita por ações.



## CAPÍTULO 2 - ORIGENS E CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 2.1 RAÍZES HISTÓRICAS

Muitos autores vêem na comenda a origem da conta de participação, como demonstram os estudos de BRANDÃO (1990, p. 06) e ALMEIDA (1989, p. 06). O contrato de comenda surgiu na Idade Média, utilizado principalmente no comércio marítimo, sendo o contrato pelo qual, nas palavras de ALMEIDA (1989, p. 07), “o capitalista (*commendator*) entregava ao negociante (*tractator*) uma quantia em dinheiro ou mercadorias. Estes valores eram usados em operações de compra e venda, e os lucros repartidos. O *commendator* só assumia o risco de perder o que entregava ao *tractator*”.

Desta forma, continua o mesmo autor:

Com o decorrer do tempo, o *tractator* começou a contribuir com o seu próprio dinheiro e/ou mercadorias. Esta sua contribuição veio modificar a situação inicial.

Com efeito, no princípio, o *tractator* era o gerente, e o *commendator* o proprietário. Pouco a pouco, o *tractator* passou a ser simultaneamente o proprietário e o gerente, ficando o *commendator* numa posição de mero partícipe.

Paralelamente, foi surgindo o espírito associativo. O espírito de associação foi sendo lapidado pelo tempo e pela prática, até dar origem às sociedades em comandita e em Conta de Participação.

O contrato de comenda, embrião da comandita e da conta de participação, teria sido fomentado pela proibição canônica da usura e a reprovação moral ao exercício do comércio pela nobreza (ALMEIDA, 1989, p. 08).

Após analisar a diversidade de teorias propostas e documentos existentes, BRANDÃO (1990, p. 08) chega a seguinte conclusão:

Além das causas econômicas que levaram ao aparecimento da conta de participação, sobre as quais não há discordância entre os estudiosos, parece-me suficiente notar o fato indubitável, e incontroverso na medida em que as fontes secundárias o revelam, que a conta de participação surgiu, de uma forma ou de outra, paralelamente à comenda ou a ela ligada. De outro lado, a época do aparecimento da conta de participação está razoavelmente determinada, embora não sejam precisas as suas circunstâncias. As observações feitas dão a perspectiva histórica do instituto a ser analisado.

As causas foram evidentemente a proibição da usura e o clima medieval que impedia a nobres e prelados o exercício do comércio.

Teorias várias existem sobre como a conta de participação separou-se da comenda e da comandita simples. A mais difundida no direito brasileiro, segundo ALMEIDA (1989, p. 08), é a teoria endossada por FERREIRA (1961, p. 527), a qual é ora transcrita:

De acordo se acharam muitos historiadores do instituto em que aquele contrato do comércio marítimo (a comenda) se bipartiu em: a) o bilateral, em que os vínculos entre o capitalista e o mercante eram mais estreitos e no qual este assumia o papel ostensivo e preponderante de dono do negócio, *dominus negotii*, deixando aquele oculto, como que na penumbra; e b) o unilateral, em que a atividade deste era a de seu trabalho apenas e consistia a fase mais simples e primitiva do contrato. O contrato bilateral, tornando-se a bem dizer público, se tornou mais plástico e se acomodou melhor às contingências do negócio, que o originou, adquirindo a forma societária, de que teria resultado a sociedade em comandita. O contrato unilateral se conservou em sua forma primitiva, à ilharga daquele outro, praticando-se paralelamente com ele, mas sem manifestação exterior, oculto, desconhecido de terceiros, somente vigorante nas relações entre os contratantes; e foi o da *participatio*. Se a proibição canônica da usura deu em resultado a comenda bilateral, com a conversão do prestador em sócio à luz da publicidade, a unilateral manteve o seu aspecto primitivo convolvendo-se na sociedade em participação, fugitiva dos registros corporativos, a que aquela se submeteu.

Visível, assim, o caráter histórico da desnecessidade de registro público da sociedade em conta de participação.

ALMEIDA (1989, p. 09) acredita que a tese postulada por Waldemar Ferreira afigura-se como a mais razoável, face às raízes históricas da conta de participação.

Em termos de positivação normativa, a França, mediante a Ordenança (*Ordonnance*) de 1673, deixou de prever a conta de participação, em que pese a larga utilização desta sociedade neste país (ALMEIDA, 1989, p. 10). Paulo Salgado (*apud* BRANDÃO, 1990, p. 04) afirma, contudo, que a comandita regulada por Luís XIV, em sua Ordenança, “conservava resíduos bem acentuados de participação”, porque as celebradas entre comerciantes e não-comerciantes, não estando sujeitas a registro, e sendo as mais comuns, de acordo com Saleilles, confundiam-se com as participações.

ALMEIDA (1989, p. 13) assevera que a conta de participação foi prevista legalmente, pela primeira vez, no Código Comercial francês de 1807, tendo BRANDÃO (1990, p. 04) e FERREIRA (1961, p. 531) concluído que deste diploma legal passou a sociedade para os países latinos.

O Código Comercial espanhol de 1829 a previu, bem como o português, de 1833, ambos atribuindo-lhe o caráter de sociedade. Esta qualidade tratou-se de uma inovação, porquanto o Código Comercial francês não atribuiu expressamente à conta de participação o caráter de sociedade (ALMEIDA, 1989, p. 13). No ordenamento italiano, a conta de participação foi prevista em 1865.

Na legislação brasileira, a aparição da conta de participação se deu com o Código Comercial de 1850, figurando como sociedade. O tratadista J. X. Carvalho de Mendonça (apud BRANDÃO, 1990, p. 02) consigna que foram os códigos comerciais espanhol e português que serviram de modelo ao brasileiro.

Em que pese a pioneira previsão legislativa francesa, BRANDÃO (1990, p. 09) é categórico ao indicar a Itália como nascedouro da moderna conta de participação:

O nascimento da moderna conta de participação se deu indiscutivelmente na Itália Medieval, onde foi empregada principalmente no comércio marítimo. Disseminou-se depois rapidamente por toda a Europa, passando logo para a Alemanha, e para a França, de onde nos veio por meio das legislações de Espanha e Portugal.

Em terras brasileiras, o surgimento fático da conta de participação, na concepção de GALIZZI (2008, p. 23-25), pode ser visto, mesmo que rudemente, nas bandeiras paulistas do século XVII, destacando-se o bandeirismo de apresamento de índios, dado o evidente objetivo mercantil. Nas palavras do autor:

Essas bandeiras, portanto, exerciam empresa, e sua estrutura assemelhava-se bastante às das parcerias marítimas européias utilizadas para o comércio ultramarino, as quais, como se viu, teriam dado origem às atuais sociedades em conta de participação. Substituindo-se o navio pela universalidade de interesses, representada pela bandeira em marcha, é possível vislumbrar nessa organização, a exemplo daquelas, as figuras de dois tipos de sócio: o ostensivo, capitão da bandeira, que dirigia, orientava e organizava a empresa; e os ocultos, financiadores do empreendimento, que para ele concorriam com armas, pólvora, escravos, víveres ou dinheiro, participando dos lucros e das perdas do negócio, o que consistia o seu maior interesse.

Ademais, verificava-se nas bandeiras sigilo sobre a identidade das partes financiadoras, em razão do embargo imposto por Portugal à atividade de apresamento de índios.

## 2.2 CONCEITUAÇÃO

A doutrina pouco diverge sobre a definição da sociedade em conta de participação, residindo as potenciais divergências, aparentemente, na concepção de cada autor sobre a aplicação desse tipo societário.

Para MARTINS (2007, p. 220), a conta de participação ocorre “quando duas ou mais pessoas, com identidade de propósitos, e qualidade comum, sendo uma delas empresária, desenvolve uma ou mais atividades, cuja responsabilidade cabe ao sócio ostensivo”.

A sociedade em conta de participação, segundo GONÇALVES NETO (2004, p. 177), seria uma sociedade em comandita a meio caminho de sua evolução:

Ela possui um sócio (ou mais de um) que gerencia a sociedade e que é ilimitadamente responsável pelas obrigações sociais e outro ou outros que só contribuem para a formação do capital social, respondendo, apenas, pela realização do valor dessa contribuição. O primeiro é chamado **sócio ostensivo**, porque é quem realiza os negócios (à semelhança do comanditado), fazendo-o, porém (já aí diversamente do comanditado), em seu nome pessoal e, portanto, vinculando-se pessoalmente. O segundo é o denominado **sócio oculto**, que se assemelha ao comanditário como um simples investidor, que fornece ou se obriga a fornecer recursos para que o sócio ostensivo exerça sua atividade ou realize os negócios em proveito comum, conforme entre ambos ajustado; do comanditário difere, no entanto, porque sua condição de sócio, como o próprio nome indica, não é revelada.

No tocante às duas categorias de sócios, BRANDÃO (1990, p. 01) segue igual entendimento:

A sociedade tem, assim, duas categorias de sócios: os que se obrigam para com terceiros, chamados sócios-gerentes ou ostensivos, e os que se obrigam unicamente para com os ostensivos, chamados ocultos ou participantes.

BORBA (2004, p. 93-94) concebe a conta de participação quando “uma ou mais pessoas fornecem dinheiro ou bens a um empresário, a fim de que este os

aplique em determinadas operações, no interesse comum”. O que aparece diante de terceiros é “chamado sócio ostensivo ou operador e os fornecedores de recursos são chamados sócios ocultos ou participantes”.

ALMEIDA (1989, p. 202), após extensa análise do instituto, indica os traços que considera essenciais para definir-se a conta de participação:

- a) é uma sociedade, sem ser pessoa jurídica, e sem ter personalidade jurídica própria;
- b) é formada por dois tipos de sócios - os ostensivos e os ocultos;
- c) os sócios ostensivos são aqueles que tratam com terceiros;
- d) os sócios ocultos são os que não adquirem direitos, nem obrigações, perante terceiros;
- e) é, juridicamente, inexistente perante terceiros;
- f) não está sujeita às formalidades obrigatórias para os demais tipos societários.

O Código Civil traz a definição da conta de participação no seu art. 991, que prescreve:

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.

Com base no texto legal e para a finalidade de definirmos um conceito operacional a ser aplicado no presente trabalho, é possível dizer que a sociedade em conta de participação é aquela em que o exercício da atividade constitutiva do objeto social é ocupado exclusivamente pelo sócio ostensivo, sob o seu nome e responsabilidade, ao passo que os demais sócios, intitulados de participantes, participam dos resultados correspondentes e assumem responsabilidade unicamente perante o ostensivo, nos termos do contrato social.

Inexiste, na conta de participação, personalidade jurídica, sendo um dos modelos societários excepcionados quanto a esta característica, ao lado da sociedade em comum, esta regulada nos arts. 986 a 990 do Código Civil. Contudo, embora despossuída de personalidade jurídica, a conta de participação é uma

sociedade regular, por força de lei, ao contrário da sociedade em comum (REQUIÃO, 2007, p. 441).

As relações jurídicas envolvendo terceiros, sócio ostensivo e sócio participante possuem, na conta de participação, nuances singulares, por ser esta a única sociedade despersonalizada e regular. Assim, observa-se que a conta de participação apresenta um caráter relacional dúplice: a relação entre o sócio ostensivo e terceiros; e a relação entre o sócio ostensivo e o sócio participante, ou, sob o olhar de MAMEDE (2007, p. 24):

o sócio que ocupa a posição ostensiva passa a ser o limite entre dois planos contratuais distintos. Nas relações havidas com terceiros, apenas ele se obrigará - desde que sejam concretizadas apenas em seu nome, sem a participação dos demais. Por outro lado, os sócios participantes (ocultos) mantêm relação que se limita ao sócio ostensivo, não podendo transcendê-lo para buscar agir (extrajudicial ou judicialmente) contra o terceiro com o qual aquele negociou.

Quanto à relação entre o sócio ostensivo e terceiros, diz MARTINS (2006, p. 222) que, “perante terceiros, aparece somente o sócio comerciante, chamado sócio ostensivo ou gerente, que realiza a operação ou as operações, em seu próprio nome, assumindo, assim, pessoalmente, a responsabilidade dos compromissos sociais”.

No tocante à relação entre o ostensivo e o participante, observa-se que o participante obriga-se apenas perante o ostensivo, não cabendo qualquer direito ou pretensão dos credores contra aquele (BORBA, 2004, p. 96).

Para a validade destes preceitos referentes às responsabilidades dos sócios, cumpre analisar os posicionamentos doutrinários sobre o possível caráter oculto da sociedade e/ou dos sócios participantes. Para GALIZZI (2008, p. 49), parte da doutrina criou uma falsa ideia a respeito da característica de ocultação do sócio participante, cuja denominação, pelo Código Comercial de 1850, era sócio oculto. Assim, “foi para coibir esse tipo de raciocínio que o Código Civil de 2002 alterou a designação do antigo sócio ‘oculto’”.

ALMEIDA (1989, p. 57), referindo-se à lição de Paul Pic, diz que “juridicamente, o caráter oculto subsiste enquanto os participantes nada fizerem para apresentar a Conta de Participação como uma pessoa jurídica, ou não induzirem terceiros a crer que terão ação contra mais alguém além do gerente”.

Seguindo o mesmo raciocínio, BRANDÃO (1990, p. 48) leciona que a sociedade não precisa ser oculta ou anônima, em sentido literal. O importante é o sócio ostensivo obrigar-se em seu nome individual. Logo, “a publicidade não desvirtua a sociedade, mas tão-somente o obrigar-se ela própria para com terceiros; não a desvirtua a publicação de seu contrato pela imprensa, mesmo por Jornal Oficial.”

Conclui no mesmo sentido GONÇALVES NETO (2007, p. 143), quando diz:

A sociedade não é clandestina nem secreta, mas não precisa ser conhecida de terceiros, embora estes possam ter conhecimento de sua constituição estrutura e funcionamento, como já o admitiam, aliás, os arts. 327 e 328 do Código Comercial.

Em análise baseada na evolução história da característica de ocultação da conta de participação, ALMEIDA (1989, p. 64-66) conclui ser possível a revelação da sociedade sem qualquer consequência à qualificação jurídica do tipo societário:

Historicamente, a Conta de Participação surgiu como uma sociedade oculta. Oculta no sentido que terceiros desconheciam a sua existência. E, tradicionalmente, a consequência da revelação da Conta de Participação era a responsabilidade ilimitada do sócio oculto perante os terceiros. Porém, a tendência atual é permitir a revelação da Conta de Participação ao público.

[...]

Hoje em dia, as razões históricas que levaram a Conta de Participação a esconder-se desapareceram. Já não existe a proibição canônica relativa às práticas usurárias e já não é deselegante a prática do comércio pelas classes abastadas.

[...]

Para finalizar, entenda-se que a possibilidade de revelação da Conta de Participação a terceiros não significa a obrigatoriedade dessa revelação. Cabe aos sócios decidir o que lhes parecer mais vantajoso.

Ademais, o art. 993 do Código Civil de 2002 adota esta tese, conforme frisa GALIZZI (2008, p. 50):

Fique, pois, claro que não é traço distintivo da sociedade em conta de participação ser clandestina ou secreta; terceiros podem ter pleno conhecimento de sua constituição e funcionamento. No direito brasileiro, a própria lei prevê tal conhecimento ao aventar (e aceitar) a possibilidade de inscrição de seu ato constitutivo em qualquer registro (art. 993 do CC/2002). O requisito essencial, no que se refere a esse ponto, é que o sócio ostensivo em cada operação específica se obrigue em seu nome individual, mesmo que o terceiro contratante tenha plena ciência da sociedade.

Em que pese tais razões, J. X. Carvalho de Mendonça e Carlos Guimarães de Almeida (*apud* ALMEIDA, 1989, p. 62-63), assim como João Eunápio Borges (*apud* BRANDÃO, 1990, p. 48), entendiam que o distintivo da conta de participação é o seu caráter oculto.

A característica de ocultação é “antiga teoria francesa”, diz ALMEIDA (1989, p. 62), sendo que a sociedade perde o caráter oculto caso manifeste-se nas relações com terceiros, tomando um nome social, e estabeleça uma sede, tratando por meio de representantes.

### 2.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da conta de participação é objeto de intenso debate, havendo duas correntes: a primeira considera a conta de participação como uma sociedade; a segunda como um contrato de outra natureza.

No entender de BRANDÃO (1990, p. 11), a “corrente mais forte, e indubitavelmente a acertada no meu entender, atribui-lhe o caráter de sociedade. A outra nega-lhe tal caráter, sustentando que se trata de um diferente contrato entre as partes, de uma ou outra natureza”.

Compartilha deste entendimento GALIZZI (2008, p. 27), ao dizer que, no Brasil, “é majoritária a opinião de que a sociedade em conta de participação possui, mesmo, caráter societário”.



Neste sentido, ACETI JÚNIOR e REIS (2001, p. 734) são contundentes, ao afirmarem que “a grande maioria dos autores considera a Conta de Participação uma sociedade”.

Para fundamentar o entendimento desta corrente teórica, BRANDÃO (1990, p. 16), primeiramente, parte dos possíveis sentidos para a palavra sociedade, dizendo haver três:

Existem claramente três sentidos da palavra sociedade. A palavra indica o contrato social, isto é, o ato consensual que dá nascimento à figura jurídica da sociedade; indica também as relações específicas criadas entre os sócios por força do contrato social; e indica afinal uma entidade nova, a pessoa jurídica que pode ter resultado do contrato.

Nesta senda, prossegue o autor (p. 17-22) concluindo que a personalidade jurídica não é requisito essencial para que haja sociedade regular, conforme situações existentes no direito comparado. No direito alemão, somente as sociedades de capitais possuem personalidade jurídica, de forma que as sociedades de pessoas não a possuem. No direito inglês, as *companies* tem personalidade jurídica, ao passo que as *partnerships* (sociedades de pessoas), não. Nos EUA, as corporações, equivalentes às *companies* inglesas, possuem personalidade jurídica, não a tendo as demais sociedades.

Levando em consideração, ainda, sistemas jurídicos mais próximos ao nosso, o ordenamento italiano reconhece personalidade jurídica às sociedades de capitais, que a adquirem pela sua inscrição no registro próprio, mas não necessariamente às sociedades de pessoas, pois, na observação de BRANDÃO (1990, p. 25), “o nexa estabelecido entre os sócios e a autonomia patrimonial não implicam reconhecimento da existência de uma pessoa distinta”.

Feitas estas ressalvas, a corrente defensora do caráter societário da conta de participação alicerça-se nas seguintes premissas, conforme expõe GALIZZI (2008, p. 28):

Os adeptos dessa corrente majoritária sustentam que a configuração de uma sociedade estaria sujeita ao concurso simultâneo de três elementos, todos eles, certamente, presentes na conta de metade: a) a obrigação dos sócios de contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade

comum; b) a participação nos resultados positivos (lucros) e negativos (perdas) decorrentes do negócio; e c) a *affectio societatis*, isto é, a vontade de colaboração recíproca entre os sócios para a consecução do objeto social

Destarte, presentes a contribuição de cada um dos sócios para a formação do capital social, a participação dos sócios nos lucros e nos prejuízos, e a vontade de colaboração ativa dos sócios, configuradora da *affectio societatis*, forçoso concluir, segundo BRANDÃO (1990, p. 35), pela existência de efetiva sociedade. ALMEIDA (1989, p. 17-21) cita alguns escritores, nacionais e estrangeiros, que atribuem à conta de participação a natureza jurídica de sociedade: Ripert e Roblot, Hamel, Lagarde e Jauffret, Paul Pic, Vidari, Fagella, Ravà, Marghieri, Costa e Nora, C. G. de Almeida, Rubens Requião, D. A. Miranda Jr., J. X. Carvalho de Mendonça.

CÂMARA (2000, p. 216), defensor do caráter verdadeiramente societário da conta de participação e realçando o espírito igualitário das partes, no sentido de participarem nos lucros e prejuízos, entende que o direito do sócio participante de controlar o andamento dos interesses sociais é o elemento essencial que diferencia o contrato de sociedade em conta de participação de outros contratos que prevêm participação nos lucros. Tal direito é útil para dissociar a conta de participação do contrato de trabalho com participação nos lucros ou do contrato de empréstimo com participação nos lucros.

J. X. Carvalho de Mendonça (*apud* ALMEIDA, 1989, p. 21) repudia a alegação quanto à necessidade de patrimônio próprio para ensejar o reconhecimento da conta de participação como sociedade, ao lecionar que uma sociedade “é o emprego de forças, de capitais para um fim comum, a sociedade em conta de participação satisfaz essa exigência, pouco importando a situação jurídica dos capitais”, razão pela qual a conta de participação poderia ser vista como sociedade.

Por fim, WALD (2005, p. 99-100) critica o posicionamento daqueles que negam à conta de participação o caráter de sociedade, citando explicitamente João Eunápio Borges e Fábio Ulhoa Coelho, pois entende que tal concepção baseia-se

numa ideia equivocada do que se entende por sociedade e por personalidade jurídica, “sendo que a configuração da sociedade não depende da caracterização de sua personalidade jurídica, já que se apresenta como resultado de sua existência”.

A segunda corrente, porém, não acredita ser possível atribuir à conta de participação o caráter de sociedade. Partilham deste entendimento, por exemplo, BORBA (2004, p. 93), CARLEZZO (2003, p. 160), COELHO (2003, p. 152), Cunha Gonçalves (*apud* ALMEIDA, 1989, p. 23), GONÇALVES NETO (2007, p. 144), João Eunápio Borges (*apud* GONÇALVES NETO, 2007, p. 145), NEGRÃO (2008, p. 312), SOUZA (2004, p. 133).

GONÇALVES NETO (2007, p. 144) rebate a tese favorável à natureza jurídica de sociedade da conta de participação, com base no fato da conta de participação não ser um ente capaz de direitos e obrigações, nem ser um centro de imputação de interesses. Nos termos do autor:

a sociedade em conta de participação, por mais que tenha sido catalogada pelo legislador como sociedade e que seja assim também considerada por boa parte da doutrina, não é uma sociedade no sentido próprio da expressão. Ela 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 recursos (numerário ou bens, dentre eles direitos) que reuniram para tal fim.

Este autor ressalva que sua concepção não significa vinculação entre o instituto da sociedade com a pessoa jurídica, mas leva em consideração que “só se pode ter por sociedade um ente, uma estrutura, a que o direito atribuiu a possibilidade, em maior ou menor grau, de se tornar sujeito de direito em certas relações jurídicas”.

BORBA (2004, p. 93) apoia-se, para retirar a veste de sociedade da conta de participação, no fato de estarem ausentes o “patrimônio próprio e a personalização (o próprio Código a considera não personalizada), que são características essenciais das sociedades”.

Por seguirmos a definição de sociedade formulada por BRANDÃO (1990, p. 31), a qual estaria em concordância Sylvio Marcondes, que firma como elementos essenciais da sociedade a *affectio societatis*, “isto é, a intenção de duas ou mais pessoas de combinarem esforços ou recursos para fim comum”; a obrigação de combinar esforços ou recursos, destinados às operações sociais; e a conseqüente participação de todos, em proporção convencional ou legal, nos lucros e nos prejuízos da atividade comum; e pelo fato da conta de participação apresentar-se como sociedade por força legal, adotaremos, neste trabalho, a corrente defensora do caráter societário da conta de participação.

### **2.3.1 A necessidade de concorrerem os sócios tanto nos lucros quanto nos prejuízos da sociedade**

A participação de todos nos lucros e prejuízos parece ser ressaltada pela parcela da doutrina que atribui à conta de participação o caráter de sociedade, quando condiciona tal qualidade jurídica ao preenchimento de requisitos específicos: contribuição de cada um dos sócios para a formação do capital social; participação dos sócios nos lucros e nos prejuízos; e a vontade de colaboração dos sócios.

A maioria dos autores que nega à conta de participação a qualidade de sociedade, todavia, igualmente lembra a participação de todos os sócios nos lucros ou prejuízos, a exemplo de BORBA (2004, p. 95).

De outra banda, NEGRÃO (2008, p. 312), acreditando ser a conta de participação mero contrato de parceria, assevera que o contratante financiador não assume riscos ou obrigações perante terceiros e pode exigir do financiado o retorno do capital empregado para um ou para um número variado de negócios, acrescido de lucros. Nesta concepção, o ostensivo seria o financiado e o participante seria o financiador, aparentando ser duvidosa a assertiva de que o participante pode exigir o retorno de sua contribuição ao capital social, pois os termos do contrato social podem não coincidir com esta hipótese. De igual modo, não concorreria o

participante com os riscos do negócio, o que, em tese, realmente retiraria o caráter de sociedade da conta de participação.

### **2.3.2 Consequências da falta de personalidade jurídica**

De acordo com o mencionado anteriormente, a sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica, inclusive figurando, ao lado da sociedade em comum, na parte destinada às sociedades não personificadas do Código Civil.

Para GALIZZI (2008, p. 48), a “razão de tal fenômeno está relacionada ao fato de a sociedade não se exteriorizar”. Segue o autor:

Quando afirmo que não se exterioriza, quero dizer que quem se obriga para com terceiros, responsabilizando o fundo social, é somente o sócio ostensivo e, exclusivamente perante este, o sócio participante. Sendo a exteriorização requisito essencial de toda e qualquer pessoa jurídica, pois só assim, tornando-se pública, podem os agentes econômicos e o estado controlar a existência e a extensão das obrigações que a envolvem, fica clara a razão de ser a conta de participação desprovida de personalidade.

Além disso, comenta BRANDÃO (1990, p. 46) que a “sociedade não tem a primeira e principal das características da personalidade, a capacidade jurídica, já que os contingentes em poder do sócio ostensivo tornam-se sua propriedade, mesmo que tenham sido conferidos tão-somente por sócio ‘oculto’”.

A falta de personificação da conta de participação acarreta consequências específicas que, segundo GALIZZI (2008, p. 49), estão “relacionadas à falta de incidência sobre ela dos efeitos inerentes ao surgimento de uma pessoa jurídica, que são a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial”.

Deste modo, analisando a titularidade obrigacional, tem-se que esta pertence ao sócio ostensivo, pois é ele quem trata com terceiros, sob sua insígnia própria e exclusiva responsabilidade (GALIZZI, 2008, p. 49). O ostensivo é o

responsável, igualmente, pela apuração dos resultados e pelo recolhimento dos tributos devidos.

Quanto ao nome empresarial, BRANDÃO (1990, p. 47) comenta que “a primeira das conseqüências da não-exteriorização da sociedade em conta de participação é a sua impossibilidade de usar uma razão social, ao contrário de todas as sociedades regulares de pessoas no direito brasileiro”. Atualmente, o próprio Código Civil, em seu art. 1.162, expressa a impossibilidade da conta de participação utilizar firma ou denominação, mas, conforme ressalva GALIZZI (2008, p. 51-52), nada impede que os sócios adotem, entre si, um nome para identificar a sociedade. Inclusive, esta identificação pode até ser necessária, por exigências da Secretaria da Receita Federal<sup>2</sup>.

Pelo fato de não se exteriorizar juridicamente, inexistindo um ente autônomo distinto da pessoa dos sócios, “a conta de participação é desprovida de capacidade para estar em juízo - ativa ou passiva -, ao contrário das demais sociedades personificadas” (GALIZZI, 2008, p. 52). Logo, as demandas contra terceiros tratando de matérias atinentes à sociedade deverão ser propostas pelo sócio ostensivo. Da mesma forma, é este quem sofre ações de terceiros<sup>3</sup>.

BRANDÃO (1990, p. 48) compreende que a sociedade não pode ter sede social nem domicílio, pois tal fato implicaria exteriorização. Domicílio, em tese, é o lugar no qual uma pessoa responde por suas obrigações, logo, não tendo a conta de participação obrigações perante terceiros, despicienda a figura do domicílio. GALIZZI (2008, p. 54), por sua vez, enxergando a questão por outro ângulo, assevera:

---

<sup>2</sup> Vide Instrução Normativa n. 31, de 29 de março de 2001, expedida pela Secretaria da Receita Federal, cujo art. 1º prevê a possibilidade da sociedade em conta de participação utilizar o regime de tributação com base no lucro presumido. O parágrafo primeiro deste artigo faculta à sociedade em conta de participação utilizar regime de tributação diverso daquele do sócio ostensivo. Para viabilizar tal procedimento, pressupõe-se a necessidade de identificação da conta de participação, ao menos perante o Fisco.

<sup>3</sup> O Superior Tribunal de Justiça já decidiu acerca da citação da sociedade em conta de participação, deixando claro a impossibilidade daquela, em vista à inexistência de personalidade jurídica e falta de exteriorização. (REsp 474704/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 10/03/2003 p. 213)

a impossibilidade é de que a sociedade, ela mesma, indique um foro processual para terceiros, conseqüência imediata de sua não-personificação. Nada obsta, todavia, a que os sócios convençionem entre si um local para servir de base de operação, onde possam manter os livros, a contabilidade e bens diversos, afetos à exploração da atividade social. A hipótese é, até mesmo, bastante comum na prática.

No tocante à responsabilidade patrimonial, a conta de participação não responde patrimonialmente perante terceiros, pois os bens destinados à exploração da atividade social são de titularidade ou uso exclusivo do sócio ostensivo, e não da sociedade. A conta de participação não possui autonomia patrimonial, razão pela qual os bens dos sócios passam ao sócio ostensivo, formando um patrimônio especial (GALIZZI, 2008, p. 54), que será mais bem tratado no item 2.5.

ALMEIDA (1989, p. 54-55), observando as conclusões de Carlos Guimarães de Almeida, lista as conseqüências da falta de personalidade jurídica:

- a) Ausência de um patrimônio social.
- b) A inexistência de firma ou denominação social ou de qualquer outro sinal porém, não há motivos para não permitir que os sócios, entre si, adotem um nome para a Conta de Participação. Só se os sócios a usassem frente a terceiros é que a Conta de Participação estaria desvirtuada, como bem observa Bento de Faria.
- c) A inexistência de sede ou domicílio (no entanto, de acordo com Carvalho de Mendonça e Bento de Faria, os sócios podem convençionar, entre si, um local para servir de base de operação, e estipular um foro para ações judiciais. Por sua vez, Francis Lefebvre é de opinião que os sócios são livres para escolher onde ficarão os livros ou a contabilidade da sociedade).
- d) A inexistência de capital social.
- e) A desnecessidade de submissão dos atos constitutivos a registro (sendo que há autores - como Carvalho de Mendonça e Bento de Faria - que entendem ser-lhe interdito tal registro. Já outros - entre eles Miranda Júnior - admitem a possibilidade de registro).
- f) A ausência de legitimidade *ad causam* e *ad processum* para estar em juízo, ativa ou passivamente.
- g) A impossibilidade de ser considerada falida.
- h) A não aplicação, à Conta de Participação, dos preceitos que regem a liquidação das sociedades comerciais comuns.

Cumpram evidenciar que as disposições acima transcritas estão em consonância com os dispositivos do Código Civil de 2002, conforme se depreende das considerações de GALIZZI (2008, p. 48-55).

## 2.4 CONSTITUIÇÃO DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO

O art. 992 do Código Civil disciplina que a “constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade”. Para MAMEDE (2007, p. 25-26), a constituição pode se dar de forma expressa tácita ou expressa:

*Tacitamente* porque, em essência, o contrato de sociedade em conta de participação se completa a partir do ajuste estabelecido entre as partes de atuarem conjuntamente para a realização de determinada atividade (o objeto social) produtora de riqueza, dividindo os resultados, apresentando-se à comunidade e ao mercado apenas pelo sócio ostensivo (um ou mais, como visto). Portanto, sequer é preciso que as partes tenham consciência de se tratar tal figura jurídica para que o ajuste se complete, o que também se dará independentemente de se dar o rótulo de *sociedade em conta de participação* ou outro qualquer; essencialmente, é necessária a vontade livre e consciente de realizar o núcleo típico do negócio.

[...]

A contratação expressa também não exige forma especial: pode fazer-se verbalmente, por ajustes estabelecidos em conversas, ou por escrito.

ALMEIDA (1989, p. 74), ao comentar acerca da constituição da conta de participação, ainda quando a matéria era regida pelo Código Comercial, em seu art. 325, cuja redação, aliás, inclui passagem muito semelhante ao art. 992 do Código Civil, assevera que a desnecessidade de formalidade foi amplamente acolhida na doutrina. Segundo o levantamento bibliográfico deste autor, acolhem a informalidade, no Brasil, Waldemar Ferreira, J. X. Carvalho de Mendonça, C. G. de Almeida, Fran Martins, Bento de Faria, e D. A. Miranda Júnior. Em França, há Francis Lefebvre, Hamel, Lagarde e Jauffret, Ripert e Roblot, e Paul Pic. Por fim, em Portugal, há A. J. Pinhal.

A doutrina atual, a exemplo de WALD (2005, p. 103), DINIZ (2009, p. 178), FIUZA e DE LUCCA (2008, p. 989), NEGRÃO (2008, p. 312), não apresenta exceções à informalidade para a constituição da conta de participação.

A desnecessidade de cumprir as formalidades usualmente previstas para os demais tipos societários desobriga a conta de participação, segundo GONÇALVES NETO (2007, p. 148), de observar o art. 997 do Código Civil, que determina o conteúdo mínimo do contrato social, especificando as cláusulas essenciais ou obrigatórias que nele devem figurar.



Na parte final do mesmo art. 992 dispõe-se, ainda, que a sociedade em conta de participação “pode provar-se por todos os meios de direito”. MAMEDE (2007, p. 26) entende que, por não haver a necessidade de forma especial para a constituição da sociedade, a sua prova, igualmente, pode fazer-se por qualquer meio lícito, “inclusive testemunhas ou por presunção, a partir de indícios presentes na situação dada em concreto”.

MARTINS (2006, p. 224) também cita a possibilidade de prova por “documento público ou escrito particular, por notas ou certidão dos corretores, por correspondência epistolar, pelos livros do sócio ostensivo, e até mesmo por meio de testemunhas”. ALMEIDA (2004, p. 119) relaciona meios os previstos no art. 212 do Código Civil: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia.

A ampla liberdade de se provar a existência da sociedade possibilita fazer um paralelo, neste aspecto, entre a conta de participação e a sociedade em comum, segundo a lição de BARBOSA FILHO (2008, p. 931-932), ao observar que o regramento previsto para a conta de participação diferencia radicalmente daquele prescrito para a sociedade em comum, pois a existência desta “só pode ser provada pelos próprios sócios com a utilização da linguagem escrita”.

#### **2.4.1 Possibilidade de registro**

O Código Comercial não disciplinava claramente a possibilidade de registro do contrato social, ao passo que o art. 993 do atual Código Civil preceitua que a eventual inscrição do contrato social da conta de participação, em qualquer registro, não confere personalidade jurídica à sociedade.

Inobstante a assertiva legal, o registro da conta de participação no Registro Público de Empresas Mercantis é rechaçado por MARTINS (2006, p. 224), quando este afirma pontualmente que o contrato não deverá ser arquivado na referida instituição, “sob pena de deixar de ser a sociedade uma participação, já que com o arquivamento do seu ato constitutivo adquire ela personalidade jurídica”.

ALMEIDA (1995, p. 118), em obra com edição escrita ainda sob a égide do Código Comercial, defendia a possibilidade do registro, utilizando-se da lição de João Eunápio Borges:

Atualmente, não se aceita mais a afirmativa de Carvalho de Mendonça de que o registro de tal sociedade é vedado por lei. Ao revés, tanto a sua regularização (com inscrição na Junta Comercial) como a sua exteriorização para com terceiros não têm o condão de alterar-lhe a natureza jurídica. Como preleciona Eunápio Borges, 'está ela dispensada do registro e das demais formalidades de constituição de outras sociedades; pode, porém e é de toda conveniência que, constituída por escrito, seja o respectivo instrumento arquivado no registro do comércio'. E conclui o renomado mestre; 'a publicidade a todos beneficia. Embora não exigida pela lei, não a descuram as sociedades em conta de participação. Todos podem conhecê-la perfeitamente sem que ela deixe de ser o que de fato é: uma sociedade oculta'.

Do mesmo modo, a doutrina de DÓRIA (1987, p. 197-198) contraria as posições de J. X. Carvalho de Mendonça e Fran Martins:

Não convence, *data vênia*, o entendimento em contrário de Carvalho de Mendonça e de quantos o seguiram, no particular, como é o caso do prof. Fran Martins. De acordo com esse ensinamento, seria defeso à sociedade em conta de participação arquivar no Registro do comércio o seu ato constitutivo sem que deixe a sociedade em conta de participação de ser oculta.

A observância, por parte da sociedade, de formalidades que a lei dispensa é de inteira conveniência, não apenas para os sócios, mas também para terceiros.

Assim o é porque a publicidade de seus atos constitutivos a todos interessa. Todos podem conhecê-los sem que por isso deixe a sociedade de ser oculta, no estrito sentido a que antes nos reportamos. Não se desnatura a sociedade, portanto, pelo fato de sua existência tornar-se conhecida de terceiros.

GONÇALVES NETO (2007, p. 150), por sua vez, adequando-se ao enunciado no Código Civil, afirma:

De fato, inscrevendo-se como sociedade simples no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, ou como sociedade empresária no Registro Público de 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.

GALIZZI (2008, p. 64-65), ao defender a possibilidade do registro, assevera que, à vista do art. 993 do Código Civil, "antes de ser uma sociedade não personificada, é a conta de participação *não personificável*".

A par dos comentários doutrinários colacionados e, principalmente, à vista do art. 993 do Código Civil, ao dizer que “eventual inscrição de seu instrumento [contrato social da conta de participação] em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade”, o registro do contrato social aparenta ser medida desprovida de força legal para conferir personalidade jurídica à conta de participação.

## 2.5 O PATRIMÔNIO ESPECIAL DA SOCIEDADE

O Código Civil, em seu art. 994, atribui a denominação de “patrimônio especial” às contribuições do sócio participante e do sócio ostensivo para a realização do objeto social.

Por não possuir a conta de participação autonomia patrimonial, decorrente da falta de personalidade jurídica, autores como BRANDÃO (1990, p. 42), BULGARELLI (2000, p. 52), GONÇALVES NETO (2007, p. 152), GALIZZI (2008, p. 84-85), afirmam que a propriedade dos aportes passa ao sócio ostensivo.

Destarte, não há regime de comunhão, tal qual na sociedade em comum, conforme observa GONÇALVES NETO (2007, p. 152), ao dizer que diferem os patrimônios no tocante à sua titularidade, dado que, “enquanto na sociedade em comum pertence aos sócios em regime de comunhão (CC, art. 988), na conta de participação ele se integra ao patrimônio do sócio ostensivo”. Segue o autor, diferenciando os patrimônios quanto aos efeitos:

na sociedade em comum seu patrimônio é destinado a responder pelas dívidas sociais, respondendo o dos sócios subsidiariamente; já na sociedade em conta de participação, o patrimônio especial só existe nas relações entre sócios, de sorte que, do ponto de vista dos credores da sociedade, porque credores do sócio ostensivo, esse patrimônio especial não existe: o patrimônio geral do sócio ostensivo é a garantia de pagamento de seus créditos, sejam esses créditos decorrentes das operações objeto da sociedade em conta de participação ou não

Embora propriedade do sócio ostensivo, o patrimônio especial deve ser utilizado para a realização do fim social, por estar afetado a tal finalidade, segundo

estatui GALIZZI (2008, p. 87), quando sustenta que “a separação patrimonial tem por objetivo apenas assegurar a aplicação dos fundos sociais nas operações para as quais foi a conta de metade constituída (*utilização*)”. Decorre daí a possibilidade dos sócios participantes agirem contra a utilização indevida dos fundos sociais pelo sócio ostensivo, podendo requerer, inclusive, recomposição patrimonial ou a indenização devida, conforme o caso (WALD, 2005, p. 108).

Ressalta-se que a especialização patrimonial produz efeitos apenas entre os sócios, nos moldes explicitados pelo parágrafo único do art. 994 do Código Civil, de tal modo que os sócios participantes, mesmo sob o fundamento dos bens estarem afetados à exploração do objeto da conta de participação, não poderão insurgir-se contra eventual execução promovida por credor pessoal do ostensivo (GALIZZI, 2008, p. 87).

O patrimônio especial da conta de participação deve ser necessariamente formado pela contribuição de todos os sócios, em vista ao preceito do art. 981 do Código Civil. As contribuições dos sócios, por sua vez, estabelecem ALMEIDA (1989, p. 91), (MAMEDE, 2007, p. 26), BRANDÃO (1990, p. 95), podem ser de qualquer natureza, inclusive trabalho. Este último afirmou:

A contribuição de cada sócio pode tomar a forma de trabalho [...] essa possibilidade está evidentemente aberta na conta de participação, tanto para o sócio ostensivo como para o sócio ‘oculto’, devendo em ambos os casos vir expressamente prevista no contrato

Nesta senda, GALIZZI (2008, p. 92) condiciona que o contrato social deverá ser claro “em relação à natureza e às peculiaridades do trabalho do sócio de indústria, especificando detalhadamente as prestações a que ele se obriga (art. 997, V, do CC/2002)”.

A maior parte da doutrina silencia sobre a possibilidade do participante contribuir para o capital social com sua indústria. NEGRÃO (2008, p. 312), DINIZ (2009, p. 52), FIUZA e DE LUCCA (2008, p. 990), por exemplo, prevêm somente a possibilidade de contribuição de capital pelo participante.

Prosseguindo, apesar de ser mais comum a hipótese do sócio ostensivo ofertar sua indústria, há quem diga que nada impede que o sócio participante atue ativamente na consecução do objeto social, “sem vir a tornar-se responsável, ou melhor, sem tornar-se ostensivo” (ALMEIDA, 1989, p. 92).

O sócio participante, segundo GALIZZI (2008, p. 92), pode atuar na vida social, “orientando os negócios, dando conselhos, concorrendo, enfim, para o êxito dos objetivos comuns com seus conhecimentos específicos, sem vir a tornar-se responsável”, sendo-lhe vedado, todavia, “representar perante terceiros a sociedade, empregando, como se fora o sócio ostensivo, sua própria denominação”. Se o participante atuar diretamente frente a terceiro, representando a sociedade, sua responsabilidade passará a ser ilimitada.

## 2.6 DISTINÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO DE FIGURAS AFINS

Por sua característica *sui generis*, a conta de participação pode ser confundida com outros institutos jurídicos, exigindo, destarte, a tarefa de distingui-la e de apresentar a divergência doutrinária em relação a alguns institutos, entre eles o mútuo, o consórcio, o negócio fiduciário, o contrato de trabalho, a comissão e a sociedade em comum, citados pela doutrina.

Defini-se o mútuo como sendo empréstimo de consumo: “por ele transfere-se a alguém coisa móvel fungível, com a obrigação de restituí-la em coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade” NETO (2003, p. 268). Para diferenciá-lo da conta de participação, BRANDÃO (1990, p. 39) preceitua que “o fracasso ou o êxito do mutuário, no uso da coisa mutuada, é irrelevante ao direito do mutuante a seu pagamento; na conta de participação, os lucros ou os prejuízos do sócio estão ligados ao êxito ou ao fracasso do empreendimento”. Neste mesmo entendimento segue GALIZZI (2008, p. 30), ao dizer que, “no mútuo, a coisa pode ser utilizada pelo mutuário, com sucesso, em operações lucrativas, à revelia do mutuante, a quem assiste tão-somente o direito ao pagamento dos juros, quando estipulado”.

Ademais, este autor ainda pontua que “a contribuição do sócio participante na conta de participação pode ser de qualquer natureza, podendo consistir, até, de sua indústria”, nos termos antes tratados.

Mais semelhante à conta de participação se apresenta o mútuo com cláusula de participação ou empréstimo a risco. Para BORBA (2004, p. 94), o contrato de sociedade em conta de participação “lembra o empréstimo a risco (*nauticum foenus*), originário do direito grego, cujo reembolso e rendimento dependiam do êxito do empreendimento”. O mesmo autor, contudo, na sequência, vê no empréstimo a risco características muito específicas, não concernentes à conta de participação. BRANDÃO (1990, p. 39), contrastando mais firmemente este tipo de mútuo à conta de participação, afirma que as inexistências da *affectio societatis* e a participação de cada consorte nos lucros e prejuízos, nesse contrato, terminavam por inviabilizar sua caracterização como mútuo.

No consórcio, o sítio de maior proximidade com a conta de participação reside no fato de ambos os institutos serem desprovidos de personalidade jurídica (GALIZZI, 2008, p. 32). Diversas pessoas podem, por meio deste instituto, assumir atividades e encargos que isoladamente não teriam rijeza para executar. Todavia, as demais características distinguem os institutos os afastam, a saber, entre outras: a responsabilidade exclusiva do ostensivo perante terceiros, ao passo que no consórcio cada integrante é titular de direitos e obrigações próprios frente a terceiros; a desnecessidade de registro da conta de participação para sua validade, ocorrendo o inverso no consórcio; o fundo social da conta de participação entra para domínio do ostensivo, ao passo que o patrimônio dos bens sociais, no consórcio, permanecem sob o domínio de seus membros (GALIZZI, 2008, p. 32).

Vale, ainda, no tocante ao consórcio, exprimir a opinião de GONÇALVES NETO (2007, p. 146):

não se confunde essa sociedade [conta de participação] com o *consórcio*, de que trata a Lei das Sociedades por Ações, já que essa última espécie de associação não é oculta, possui uma administração própria e é considerada como centro de imputação de interesses autônomo para muitas relações jurídicas. Ao contrário do que ocorre com a sociedade em conta de

participação, o contrato de consórcio deve ser arquivado na Junta Comercial e publicado na imprensa, devendo nele figurar normas sobre administração, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver (Lei n. 6.404/1976, art. 279, VI, e parágrafo único).

Por sua vez, no negócio fiduciário, a semelhança reside na transferência de uma propriedade em fidúcia, mas aquele recai unicamente sobre a propriedade estática, sendo que a conta de participação se dá pelo exercício de uma atividade, conforme estatui José Reinaldo de Lima Lopes (*apud* GALIZZI, 2008, p. 33). Da mesma forma, ausentes no negócio fiduciário a *affectio societatis* e a participação nos resultados. Rememora-se que o negócio fiduciário é aquele em que a propriedade ou titularidade de um bem ou direito de uma pessoa é transmitida a outra, para determinado fim, obrigando-se esta a restituí-la, ou transferi-la a terceiro após o alcance do objetivo, nos termos contratados.

No que respeita ao contrato de trabalho, este aparenta proximidade à conta de participação quando há participação do empregado nos lucros do empregador (GALIZZI, 2008, p. 34). O contrato de trabalho apresenta como elementos integrantes, segundo RODRIGUES (1997, p. 439), “o acordo de vontades (tácito ou expresso); as prestações recíprocas (serviço de um lado e remuneração do outro); não-eventualidade na prestação de serviços e sujeição, por parte do empregado, às determinações de uma pessoa física ou jurídica”. O contrato de trabalho distancia-se da conta de participação por seus próprios elementos mínimos, quais sejam: a subordinação; não eventualidade dos serviços prestados; e a remuneração, consistente, neste caso, nos resultados do empreendimento, porém sem a transferência do risco do negócio para o empregado (art. 3º da CLT)<sup>4</sup>.

O contrato de comissão, que pode ser concebido como aquele que tem “por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente” (art. 693 do Código Civil), poderia ser confundido com a conta

---

<sup>4</sup> PREVIDENCIARIO. FGTS. PESCADORES: PARTICIPAÇÃO NO PRODUTO DAS PESCARIAS. SOCIOS OCULTOS. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. RELAÇÃO EMPREGATICA. OCORRENCIA. TODOS OS ELEMENTOS TIPIFICADORES ENCONTRAM-SE PRESENTES: SUBORDINAÇÃO, TRABALHO NÃO EVENTUAL E REMUNERAÇÃO. DECRETO 64.618/69. TRABALHO A BORDO DAS EMBARCAÇÕES PESQUEIRAS. EMPREGADOS SUJEITOS A PROTEÇÃO DA CLT. APELO IMPROVIDO. DECISÃO UNANIME. (TRF2. AC 8902008177, Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, - SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/1993)

de participação pelo fato do comissário ficar diretamente obrigado para “com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham qualquer ação contra o comitente, nem este contra elas” (GALIZZI, 2008, p. 35), tal como ocorre na conta de participação, nas figuras do sócio ostensivo e sócio participante. Contudo, diferencia-se a conta de participação do contrato de comissão, pois, conforme explana BRANDÃO (1990, p. 41), “embora o comissário contrate com terceiros em seu próprio nome, ficando diante deles diretamente obrigado, os negócios são feitos em favor e de acordo com instruções do comitente, que é o verdadeiro *dominus* do negócio”.

Para este autor, falta à comissão, assim, os elementos da sociedade: a *affectio societatis*; a contribuição de esforços; e a participação das partes nos lucros e prejuízos.

A sociedade em comum é, ao lado da conta de participação, a outra sociedade não personificada prevista textualmente em nosso ordenamento jurídico. A primeira distinção entre os tipos societários reside, segundo GALIZZI (2008, p. 36), na propriedade dos fundos sociais:

Em ambas, a propriedade não pode pertencer à sociedade, porque num e noutro caso ela não tem personalidade jurídica. Na sociedade em comum, essa propriedade não pode pertencer à sociedade, porque num e noutro caso ela não em personalidade jurídica. Na sociedade em comum, essa propriedade é de todos os sócios, em comunhão. De fato, os bens e as dívidas sociais constituem patrimônio do qual os sócios são titulares em comum. Já na conta de participação o fundo em poder do sócio ostensivo é, em regra, de sua propriedade, mesmo quando conferido apenas por sócio participante

Para BRANDÃO (1990, p. 42), a responsabilidade dos sócios de cada tipo societário é outra característica que distingue as sociedades:

na conta de participação, a responsabilidade dos sócios ‘ocultos’ é livremente estipulada no contrato social, ao passo que na sociedade irregular ela é sempre e necessariamente, embora subsidiária, ilimitada e solidária para todos os sócios; na sociedade irregular, a gerência pode ser exercida indistintamente por qualquer dos sócios, ao passo que na conta de participação ela é sempre de sócio ostensivo, o único que se obriga diante de terceiros



Por fim, debate-se se a agregação de sócio ou associação à quota social constituiria uma sociedade em conta de participação ou seria contrato distinto. Conforme leciona GALIZZI (2008, p. 37), neste contrato “pactuava-se entre agregado e agregador a partilha de lucros e prejuízos na quota que o último tinha na sociedade principal, mas diante desta somente o agregador tinha qualidade de sócio”, concluindo que “a figura da agregação era, inegavelmente, uma sociedade em conta de participação, na qual figurava como sócio ostensivo perante a sociedade principal o agregador e como sócios participantes, os agregados”.

Tal entendimento, porém, não é compartilhado por GONÇALVES NETO (2007, p. 145), quando este assevera que não se confunde a sociedade em conta de participação com o “contrato de associação à quota social”. Nas palavras deste autor:

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 [sociedade em conta de participação] pode não existir qualquer sociedade (sócio ostensivo comerciante 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 comerciante nem atuar em atividade alguma, bastando-lhe ostentar o *status socii*.

BRANDÃO (1990, p. 43-44) encampa a tese defendida por GALIZZI. Há dúvidas, contudo, em saber se a agregação de sócio ainda é permitida no ordenamento, porquanto o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916 respaldavam expressamente tal ato, ao passo que o Código Civil de 2002 silenciou-se a respeito.

É da opinião de GONÇALVES NETO (2007, p. 145) e GALIZZI (2008, p. 38) que a validade atual da agregação de sócio pode ser deduzida do art. 1.003 do Código Civil, cuja redação diz que a “cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade”.

O estudo das características principais da conta de participação mostra-se importante, outrossim, para melhor compreensão dos elementos distintivos tratados no capítulo seguinte.

## **CAPÍTULO 3 - ELEMENTOS DISTINTIVOS QUE JUSTIFICAM A UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO**

### **3.1 AS RELAÇÕES EXTERNAS DA SOCIEDADE**

O modo pelo qual a conta de participação apresenta-se e se relaciona com terceiros traz consequências diretas sobre a atuação de cada espécie de sócio na estrutura jurídica da sociedade, merecendo análise mais detida.

#### **3.1.1 A posição do sócio ostensivo**

De acordo com a estrutura jurídica da conta de participação, o sócio ostensivo é o único que trata com terceiros, em nome próprio e sob sua exclusiva responsabilidade. Pode-se dizer, então, que a produção de efeitos do contrato social ocorre somente entre os sócios. Entre estes, a eficácia do contrato é completa, contudo, no tocante a terceiros, o contrato é caracterizado por sua “insuficiência eficaz” (PONTES DE MIRANDA, 1965, p. 343).

Desta feita, claro fica que as relações jurídicas externas jamais são entabuladas pela sociedade, mas sim pelo sócio ostensivo, independentemente do reconhecimento da sociedade por terceiros, pois, conforme acentua BRANDÃO (1990, p. 49), “a sociedade não necessita de ser clandestina ou secreta, e que terceiros podem ter pleno conhecimento de sua constituição e fundamento”, sem que isso desnature o caráter jurídico da mesma.

Neste sentido, veja-se o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos da apelação cível n. 9800107606, julgada em 11/02/1999, no qual se relata a constituição de sociedade em conta de participação para a realização de obra pública, inexistindo ocultação<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADES EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO, CELEBRADOS POR EMPREITEIRAS, PARA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. [...] (TJRJ. ApC n. 9800107606. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. Julgada em 11/02/1999)

A responsabilidade do sócio ostensivo é direta, exclusiva e ilimitada, pelo fato dele ser o único a se obrigar para com terceiros. Vale frisar, assim, no dizer de GALIZZI (2008, p. 111-112), que:

Quem trata com o sócio ostensivo não possui qualquer ação contra os sócios participantes, uma vez que, como mencionado, o contrato de sociedade em conta de participação, embora exista juridicamente, caracteriza-se, externamente, por sua 'insuficiência eficaz', não irradiando efeito algum para a mídia em geral. O terceiro contratante, no rigor de direito, não será nunca credor nem devedor dos sócios participantes.

Por tais peculiaridades, a posição do sócio ostensivo possui uma dupla natureza, segundo BRANDÃO (1990, p. 101), havendo duas funções concomitantes e inseparáveis: o ostensivo é, ao mesmo tempo, administrador ou gerente da sociedade e proprietário dos fundos sociais em seu poder.

GALIZZI (2008, p. 111) esclarece a qualificação jurídica do ostensivo quando de sua atuação perante terceiros, ao afirmar que o exercício da atividade, pelo ostensivo, não dá a este a qualidade de órgão representante da sociedade, tal como ocorre nas sociedades personificadas. Diz o autor sobre o tema:

O sócio ostensivo, pois, quando entra em relações jurídico-obrigacionais com outrem não atua na qualidade de órgão representante da vontade da sociedade em conta de participação, como se dá, normalmente, nas sociedades personificadas. Ao contrário, age por conta própria, obriga-se em nome pessoal. Fora dos limites do vínculo societário interno, não pode aparecer como gerente dos negócios sociais; é um administrador oculto que, diante de terceiros, repudia essa idéia. Afirmer que o ostensivo é o representante da conta de participação é mesmo grave erro técnico.

A propriedade dos fundos sociais, pelo ostensivo, deve ser compreendida levando em consideração o fato de serem aqueles empregados unicamente nos fins consignados no contrato social. Nas palavras de BRANDÃO (1990, p. 102): "os fundos são sociais, não em razão de sua titularidade, mas em função de sua finalidade, isto é, em função da sociedade existente", o que ocorre, por exemplo, quando apenas o uso dos bens é transferido ao ostensivo, na forma já tratada no item 2.5.

### 3.1.1.1 Impossibilidade do sócio ostensivo ceder os direitos e obrigações relativos ao objeto da sociedade

Embora caiba ao sócio ostensivo a administração da sociedade, isso não significa liberdade absoluta para empregar os fundos sociais. Na conta de participação, conforme diz GALIZZI (2008, p. 116), essa questão ganha relevo, pois os fundos são incorporados, via de regra, ao patrimônio do ostensivo.

Logo, na hipótese de o sócio ostensivo aplicar os fundos em contrariedade ao disposto no contrato social, utilizando-os em proveito próprio ou de terceiros, cabe aos sócios participantes ação contra ele, assunto a ser mais bem tratado no item 3.3.1.

Isso engloba, inclusive, a eventual transferência do próprio objeto social a terceiro, consoante já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Acórdão publicado em 08/01/2009, cuja ementa é transcrita a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO - SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - REGISTRO DE "TERMO DE DESTITUIÇÃO DE INCORPORADOR E INSTITUIÇÃO DO CONDOMÍNIO RESIDENCIAL SAILFISCH PELO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO" - SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO - AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO SÓCIO OCULTO - CESSÃO DE DIREITOS RELATIVOS AO OBJETO DA SOCIEDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA NO CONTRATO SOCIAL - INVIABILIDADE DE REALIZAÇÃO UNILATERAL PELO SÓCIO OSTENSIVO - DÚVIDA ACOLHIDA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO DESPROVIDO.

O sócio ostensivo é que se relaciona com terceiros, em nome da sociedade em conta de participação. Isso não significa, entretanto, possa ele simplesmente ceder todos os direitos e obrigações relativos ao objeto da sociedade, unilateralmente, sem a anuência do sócio oculto, que, embora não tenha o nome exteriorizado, compõe o ente tanto quanto aquele.

(TJSC. Apelação Cível n. 2004.020141-9. 2ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Jaime Luiz Vicari. Publicado em 08/01/2009)

A liberdade conferida ao ostensivo para executar o objeto social, destarte, possui balizas a serem respeitadas, mormente se previstas no contrato social.

### 3.1.2 Possibilidade de atuação externa e interna do sócio participante

Pelo exposto, sabe-se que o sócio ostensivo é o único que se vincula perante terceiros, obrigando todo o seu patrimônio nas relações mantidas com estes. Todavia, ALMEIDA (1989, p. 150), BRANDÃO (1990, p. 105), GALIZZI (2008, p. 123), MAMEDE (2007, p. 23), compreendem que há possibilidade do sócio participante atuar como mandatário do sócio ostensivo, sem perder as características concernentes à figura do participante, a exemplo da ausência de responsabilidade, desde que efetivamente apresente-se como mandatário, não se obrigando pessoalmente.

Para BRANDÃO (1990, p. 103), “na conta de participação, o fato central da gerência, que é privativo do sócio ostensivo, é a obrigação direta para com terceiro; todos os estágios preliminares ou paralelos podem ser, por convenção, compartilhados com sócios ‘ocultos’ ou com prepostos”. Pormenorizando ainda mais estas possibilidades, continua o autor (p. 105):

Por convenção das partes podem os sócios participantes ou ‘ocultos’ praticar atos de gerência tanto internos como externos. Os primeiros tomam o caráter de atos autorizados pelo sócio ostensivo, que são todos e quaisquer, técnicos ou não; os segundos, inclusive a própria obrigação para com terceiros, requerem mandato. Os sócios ‘ocultos’, nestes últimos atos, que unicamente se podem em sentido estrito denominar atos de gestão, são procuradores do sócio ostensivo, que continua diante de terceiros o verdadeiro titular da empresa.

As observações de GALIZZI (2008, p. 124), quanto aos atos passíveis de serem praticados pelo sócio participante, concluem no mesmo sentido, ao afirmar que o fator essencial para excluir a responsabilidade do participante é a abstenção, por parte deste, da prática de atos que teriam de ser do sócio ostensivo.

MAMEDE (2007, p. 23), ao comentar acerca da atuação do sócio participante, relaciona-a diretamente com o enunciado do art. 991 do Código Civil, mais especificamente à expressão “atividade constitutiva do objeto social”, interpretando-a por seu aspecto negocial: “a concretização mercantil da atividade voltada para a produção de riqueza (tenha ou não estrutura empresarial)”.

Destarte, para o autor, nada impede que os sócios participantes “invistam capital, produzam bens, realizem serviços, desde que as relações com os terceiros sejam concretizadas apenas em nome do sócio ostensivo e sob sua exclusiva responsabilidade”. Continuando, oferece o seguinte exemplo: “cinco pequenas fábricas de esquadrias em alumínio estabeleceram uma sociedade em conta de participação para atender a um grande pedido, negociado apenas por uma delas; essa que estabeleceu o contrato, obrigando-se a produzir e entregar as esquadrias, será o sócio ostensivo”.

É da mesma opinião WALD (2005, p. 105-106), ao dizer que a responsabilização solidária do participante é atraída somente quando este pratica atos de gestão próprios do ostensivo, nada impedindo que aquele coopere com este na gestão dos negócios sociais, desde que o faça “na qualidade de subordinado ou de mandatário do segundo, deixando claro para os terceiros as condições sob as quais está agindo”.

A dinâmica envolvendo a atuação dos sócios, inclusive, será aprofundada no tópico seguinte.

### 3.2 FLEXIBILIDADE DE ESTRUTURAÇÃO DA SOCIEDADE

O estudo das modalidades possíveis de estruturação da conta de participação afigura-se útil para visualizar as possibilidades existentes e as características atinentes a cada estrutura, podendo-se, outrossim, adequar o contrato e forma de operação ao empreendimento pretendido.

Pouco se comenta acerca das possíveis formas de estruturação jurídica da conta de participação. A doutrina comumente refere-se à “modalidade básica” da conta de participação, não prevendo ou comentando sobre outras formas possíveis de exploração do objeto social.

A referida “modalidade básica”, comenta BRANDÃO (1990, p. 57), é aquela na qual uma pessoa, como sócia ostensiva, “dá a outra pessoa, que

permanece 'oculta', uma participação nos lucros e nas perdas de determinadas operações em seu estabelecimento". Esta forma seria, então, o modo mais simples de explorar o objeto social da sociedade.

Inclusive, cumpre anotar que os autores tendentes a não reconhecer a qualidade de sociedade da conta de participação parecem analisá-la somente sob sua formatação básica, afigurando-se o contrato de parceria como instrumento mais próximo, no qual há o financiador (participante) e o financiado (ostensivo), a exemplo das concepções de NEGRÃO (2008, p. 312).

Pode haver, contudo, uma diversificação na posição ostensiva entre os sócios, constituindo uma modalidade mais complexa. É o que assevera BRANDÃO (1990, p. 57), exemplificando:

numa modalidade mais complexa, vários comerciantes se associam para um comércio futuro, por tempo indeterminado, convencionando que alguns agirão como sócios ostensivos e os demais como sócios 'ocultos', ou que todos serão ostensivos e 'ocultos', em diferentes operações; ou, ainda, várias pessoas, permanecendo 'ocultas', formam um fundo, que é utilizado em comércio por um sócio ostensivo, que à sociedade só dá a sua indústria

Desta forma, inexistente limitação ao número de sócios ostensivos, podendo serem "tantos quantos os exigidos pela conveniência dos negócios sociais, podendo mesmo terem todos os sócios tal qualidade, com a conseqüente criação de igual número de estabelecimentos" (BRANDÃO, 1990, p. 59).

GALIZZI (2008, p. 125-126) afirma serem basicamente duas as formações possíveis da conta de participação: formatação clássica e participação recíproca dos sócios. O autor inclui na formatação clássica a sociedade formada por mais de um ostensivo e um ou mais participantes, desde que as posições estejam definidas, ou seja, não haja coincidência entre as figuras de sócio ostensivo e de sócio participante.

A participação recíproca seria aquela em que todos os integrantes são sócios ostensivos em seus respectivos negócios, ocupando a posição de participantes nos alheios.



Também na doutrina de BORBA (2004, p. 96) é possível observar comentários acerca da participação recíproca dos sócios:

Eventualmente, as contas de participação poderão estar cruzadas, determinando situação em que o operador de um contrato figure em outro como participante, ao tempo em que o participante do primeiro passe a operador no segundo.

Se o empresário-operador firmar vários contratos de participação distintos, abrirá uma conta para cada participante. Estando os participantes envolvidos em uma mesma operação ou negócio, a conta será uma só, embora desdobrada em várias subcontas.

GALIZZI (2008, p. 132) exemplifica a formatação recíproca com uma sociedade em conta de participação formada entre dois empreendedores para que um adquira mercadorias em nome próprio numa determinada praça e o outro as negocie, também em nome individual, em outro mercado, dividindo os integrantes os resultados decorrentes da exploração da atividade social.

Conclui-se que amplas são as possibilidades concernentes à forma pela qual a conta de participação estruturar-se-á, cabendo aos empreendedores aplicar a estrutura mais adequada ao empreendimento planejado.

### 3.3 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO SÓCIO PARTICIPANTE

A limitação da responsabilidade do sócio participante pode ser tida como um dos grandes atrativos da conta de participação, ao impossibilitar terceiros de cobrarem débitos advindos do exercício social diretamente dos participantes, fornecendo, assim, segurança jurídica a estes. ACETI JÚNIOR e REIS (2001, p. 740) entendem que a limitação da responsabilidade é o principal direito dos participantes.

Pela inteligibilidade manifesta do art. 991 do Código Civil, que prevê a obrigação do participante unicamente perante o ostensivo, nos termos do contrato social, mantendo, assim, a concepção firmada pelo Código Comercial, em seu art. 326, a doutrina e a jurisprudência dão suporte e aplicação à referida limitação de responsabilidade do participante, perante terceiros.

COSTA (2004, p. 97), ao falar das características da conta de participação, ressalta ser esta “*sui generis* ou imperfeita, na medida em que o exercício da atividade social, e principalmente a responsabilidade comercial perante terceiros é assumida tão-somente pelo sócio ostensivo”.

Para que a limitação da responsabilidade atue, é claro que a conta de participação precisará, primeiro, estar configurada. Deste modo, BORBA (2004, p. 95) explana que, por ter a conta de participação uma faixa fronteiriça com a sociedade em comum, corre o participante o risco de ser confundido com o sócio de uma sociedade desta espécie, do que resultaria sua responsabilidade ilimitada. A fim de inibir este inconveniente, podem os participantes, para não se exporem a elevados riscos, contratar a conta de participação por escrito, e providenciar o respectivo arquivamento no Registro de Empresas.

Configurada a sociedade, o terceiro contratante, diz GALIZZI (2008, p. 112), no rigor do direito, “não será nunca credor nem devedor dos sócios participantes”. Da mesma forma, os “consumidores, fornecedores, empregados, banqueiros, fisco estão, pois, somente diante do sócio ostensivo, que é, por via de consequência, o responsável único pelo cumprimento das obrigações contraídas com estes”.

Quanto à responsabilidade trabalhista, PEREIRA (1998, p. 52) é da opinião que somente o sócio ostensivo pode vir a ser responsabilizado, não podendo o participante, em princípio, figurar no pólo passivo da execução trabalhista.

A jurisprudência revela-se importante fonte de análise sobre a limitação da responsabilidade do sócio participante, porquanto corresponde à atuação prática da norma jurídica (MOREIRA, 2007, p. 03), razão pela qual são comentados alguns julgados paradigmas sobre o tema.

Quanto ao conceito da sociedade e à respectiva responsabilidade dos sócios, o Acórdão advindo do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial n. 168.028, percorre explicitamente a matéria, cuja ementa segue abaixo transcrita:

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, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2001, DJ 22/10/2001 p. 326)

Tratava-se de caso no qual uma sociedade administradora de *flats*, sócia ostensiva, contratou com os condôminos uma conta de participação, estes na posição de participantes (ocultos, à época da vigência do Código de 1916). Todavia, uma terceira sociedade tentou cobrar diretamente de um dos sócios participantes o valor correspondente à mobília da respectiva unidade condominial, tendo o condômino se oposto à demanda alegando que jamais contratara com a sociedade de móveis.

Neste litígio, havia a necessidade de se saber, primeiro, “a extensão da responsabilidade do sócio oculto para com as obrigações assumidas, junto a terceiros, pelo sócio ostensivo da sociedade em conta de participação, ainda que essas obrigações possam importar em aquisição de bens ou de serviços que possam trazer benefícios ao sócio oculto”.

O Tribunal foi incisivo e declarou a inexistência de responsabilidade do sócio oculto, fundamentando-se no art. 326 do Código Comercial - cujo correspondente, no Código Civil atual, é o art. 991 -, que assevera ser o sócio ostensivo o único que se obriga perante terceiros.

Citando a doutrina de J. X. Carvalho de Mendonça (1959, p. 236), preconiza o Acórdão:

Os sócios ostensivos ou gerentes respondem pessoalmente para com terceiros pelas obrigações contraídas. Os credores, portanto, que tratam com o gerente da participação têm ação direta somente contra este e não contra os participantes. Estes terceiros não conhecem a sociedade, por outra, não há sociedade vis-à-vis deles. O sócio-gerente responsabiliza-se não como sócio ou órgão da sociedade, porém, como comerciante, obrando por sua conta e risco.

O referido julgado, assim, reforçou a característica da não existência da sociedade perante terceiros, razão pela qual se vislumbra impossível o acionamento direto de sócio participante.

O relator consignou, ainda, como fundamento adicional para a não responsabilização do participante, no caso analisado, o fato daquele não ter nenhuma afinidade com os negócios, não se ocupando de atuar na estruturação do serviço, o que, no cenário sob julgamento, significava não se ocupar de adquirir mobília e equipamentos, de contratar pessoal, de explorar os serviços do condomínio ou do *pool*, de cuidar da locação das unidades etc.

Outro ponto peculiar desta decisão do Superior Tribunal de Justiça diz respeito à propriedade das unidades condominiais, uma vez que as mesmas continuaram em propriedade dos condôminos, tendo sido transferido ao ostensivo apenas o direito ao uso das mesmas. O Tribunal, ao assim decidir, indiretamente acatou a possibilidade da contribuição do participante se dar mediante a transferência do direito ao uso de bens, e não necessariamente a transferência de domínio, indo ao encontro, por exemplo, das doutrinas de ALMEIDA (1989, p. 96-97), BRANDÃO (1990, p. 87) e GALIZZI (2008, p. 88-89).

Os dois últimos, inclusive, ressaltam esta qualidade atinente aos bens cuja propriedade mantém-se com o participante. Na redação de GALIZZI (2008, p. 89):

quando a coisa é conferida pelo sócio participante a esse título, ela escapa tanto aos credores do sócio ostensivo como aos credores sociais. Pode o participante proprietário, até mesmo, reivindicá-la de terceiros. Essa possibilidade é decorrência da natureza da entrada, que consiste somente no uso ou gozo, não se transferindo a plena propriedade do bem.

É de bom alvitre salientar que a limitação da responsabilidade do sócio participante possui balizas, como prescreve WALD (2005, p. 101), ao dizer que há “impossibilidade de limitação da responsabilidade de sócio oculto quanto à ação dos credores em relação a qualquer parcela de sua entrada”. Todavia, conforme visto, quando o participante permanece com a propriedade dos bens afetados à exploração da atividade constitutiva do objeto social da conta de participação, a limitação de sua responsabilidade parece alargar-se.

Ressalte-se que, tratando de caso no qual houve efetiva transferência de numerário do participante para a realização de empreendimento imobiliário, pelo ostensivo, e tendo o participante, posteriormente, ao ver que o negócio renderia frutos negativos, rescindido o contrato e requerido integralmente sua entrada de volta, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mediante o Acórdão proferido em 10/06/2009, decorrente dos Embargos Infringentes n. 2009.005.00136, pela impossibilidade de tal pleito, com ementa nos seguintes termos:

EMBARGOS INFRINGENTES.- AÇÃO DE COBRANÇA.- CRIAÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.- DIVISÃO DE LUCROS E PREJUÍZOS.- SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.- APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DAS RÉS, ORA EMBARGADAS, A RESSARCIR AO AUTOR, ORA EMBARGANTE, O TOTAL DO VALOR INVESTIDO NA SOCIEDADE.- VOTO VENCIDO EQUIVOCADO QUE NÃO MERECE PREVALECER.- NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJRJ. 14ª Câmara Cível. Embargos Infringentes n. 2009.005.00136. Rel. Des. Edson Scisínio Dias. Julgado em 10/06/2009)

Da leitura do Acórdão, verifica-se que o fator primordial para o não deferimento do pleito do participante repousa na divisão de prejuízos estabelecida no contrato entabulado pelas partes, ensejando a configuração de autêntica sociedade em conta de participação.

Na redação do julgado:

Nas sociedades em conta de participação havendo lucros, são os investidores remunerados na proporção de seus investimentos (como se possuíssem ações de uma empresa), com o retorno do capital investido no final do prazo da sociedade em conta de participação, salientando que a empresa poderá não dar lucro, devendo o prejuízo também ser dividido entre os sócios, por isso o risco.

Como se vê, não tem razão o Embargante ao pretender receber todo o valor aportado no empreendimento o qual não obteve o sucesso esperado, gerando prejuízos para todos os investidores.

[...]

Sendo a divisão tanto dos lucros quanto dos prejuízos inerente à sociedade em conta de participação, afigura-se totalmente descabida a pretensão do Embargante.

A participação nos riscos do negócio mostra-se, outrossim, importante para a configuração da sociedade, no caso concreto.

No ramo do direito do trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já decidiu pela inviabilidade de se executar virtual sócio participante de

empreendimento imobiliário, no qual o sócio ostensivo era a empreiteira. A ementa foi assim redigida:

**PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO - SÓCIO OCULTO - NÃO CARACTERIZAÇÃO** Trata-se a empresa reclamada de sociedade por quotas de responsabilidade limitada em que os sócios são quotistas e têm sua responsabilidade limitada à integralização de sua quota social, ou do capital social, caso este não esteja totalmente integralizado. As figuras do sócio oculto e a do sócio ostensivo estão ligadas a outro tipo de sociedade, ou seja, à sociedade em conta de participação, não se podendo pretender a responsabilização de sócio oculto se este não é figura que integra a sociedade limitada.

(TRT2. Processo n. 01571-1998-444-02-00-0. 3ª Turma. Relatora Juíza Mércia Tomazinho. Julgado em 30/09/2008)

Cumpra alertar, todavia, que referido posicionamento não pode ser tido como majoritário, porquanto existem decisões responsabilizando os sócios participantes. O seguinte Acórdão bem sintetiza a questão:

A preservação dos sócios ocultos na sociedade por conta de participação é restrita ao Direito Comercial e Civil, não podendo ser argüida na Justiça do Trabalho em detrimento do trabalhador, bem como dos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, quando não encontrado patrimônio exequível da pessoa jurídica ou dos sócios ostensivos. Agravo improvido.

(TRT2. Processo n. 01436-1996-301-02-02-2. 12ª Turma. Relatora Juíza Sonia Maria Prince Fanzini. Julgado em 25/09/2008)

É válido mencionar, ainda, que a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/43) faz menção à necessidade de cada agente possuir personalidade jurídica própria para que um grupo econômico possa ser configurado, nos termos do art. 2º, parágrafo segundo<sup>6</sup>, do referido diploma legal, trazendo como consequência a responsabilização solidária dos envolvidos na atividade econômica. Não tendo a conta de participação personalidade jurídica, este elemento distintivo, se bem explorado, pode vir a afastar a responsabilidade solidária do sócio participante.

---

<sup>6</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

### **3.3.1 Atitudes possíveis do participante perante a utilização do patrimônio especial, pelo ostensivo**

As contribuições dos participantes formam, com a do ostensivo, o patrimônio especial referente à conta de participação (art. 994 do Código Civil). Se o ostensivo, ao utilizar o fundo, descumprir os fins consignados no contrato social, os participantes podem requerer a devida reparação. Nas palavras de WALD (2005, p. 107-108):

Na atual disciplina está expressamente disposto que os fundos colocados em comum pelos sócios constituem patrimônio especial (da sociedade), não se confundindo com o patrimônio do sócio ostensivo. Decorre de tais disposições que a utilização indevida do patrimônio especial pelo sócio ostensivo, violando o contrato social ou as deliberações dos sócios, não pode ser oposto 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.

Não será possível ao participante, todavia, opor-se perante terceiros requerendo a invalidação de negócio jurídico firmado pelo ostensivo, porquanto a especialidade patrimonial vincula exclusivamente os sócios, na forma acima corroborada por Arnaldo Wald e nos termos do parágrafo primeiro do art. 994 do Código Civil (BARBOSA FILHO, 2008, p. 933).

ACETI JÚNIOR e REIS (2001, p. 740), no mesmo sentido, afirmam que, “em sendo detectados perdas e danos, é de ser exigida sua reparação pelo sócio ostensivo, se este agiu com culpa ou dolo”.

O participante detém a prerrogativa, igualmente, de requerer a prestação de contas do ostensivo, por decorrência do poder de fiscalização. A jurisprudência tem corroborado referido direito do participante. O recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por exemplo, percorre a matéria, nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE POSITIVO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS MOVIDA POR SÓCIO OCULTO CONTRA SÓCIO OSTENSIVO. SOCIEDADE EM CONTA DE

PARTICIPAÇÃO. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO NÃO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DO SÓCIO ADMINISTRADOR EM PRESTAR CONTAS. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1- A prescrição só poderia ser acatada se restasse comprovado o encerramento das atividades da sociedade, quando só então se iniciaria a contagem do prazo prescricional.

2- É direito do sócio investidor o acesso a todo levantamento contábil referente à administração dos bens e valores da sociedade, cuja responsabilidade é, indubitavelmente, do sócio gerente.

(TJRN. Apelação Cível nº 2008.007422-9. 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Vivaldo Pinheiro. Julgado em 20/01/2009)

Observa-se que a decisão consignou incisivamente o direito do sócio participante de acessar todo o levantamento contábil do ostensivo, referente ao patrimônio especial.

Da mesma forma já se posicionou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme se depreende do Acórdão proferido no agravo de Instrumento n. 1997.014595-0, julgado em 17/06/1999, cuja ementa segue abaixo:

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CARÁTER SATISFATIVO DO PEDIDO - COMPROVADA A CONDIÇÃO DE SÓCIO EMBORA OCULTO DO AGRAVADO, LÍDIMO É O SEU DIREITO DE EXAMINAR OS LIVROS DA EMPRESA DA QUAL FAZ PARTE - AGRAVO DESPROVIDO.

O sócio ou sociedade por cotas Ltda., pode intentar ação de exibição de livros e documentos por inteiro, para a verificação do que lhe é devido - amplo é seu direito ao exame dos livros da Sociedade e pode exercê-lo como medida preparatória para instrução de ação de prestação de contas RT 636/95.

(TJSC. Agravo de Instrumento n. 97.014595-0. 2ª Câmara Cível. Relator Desembargador Anselmo Cerello. Julgado em 17/06/1999)

Nesta ocasião, o Tribunal decidiu, inclusive, pela possibilidade de exame dos livros da sociedade que figurava como ostensivo, em sede de medida cautelar.

Veja-se, ainda, por ser forma comum de utilização da conta de participação, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, referente à prestação de contas do ostensivo quando da constituição da sociedade para a realização de empreendimento imobiliário:

PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Sociedade em conta de participação - Empreendimentos imobiliários - Contas que devem ser prestadas pela sócia ostensiva - Ausência de prova de que a ré tenha fornecido as informações financeiras sobre os empreendimentos à autora - Termo de encerramento de um dos



empreendimentos que impunha o dever da ré de prestar informações, que não foi cumprido - Ação julgada procedente em parte - Sentença mantida - Recurso improvido.  
(TJSP. Apelação Com Revisão 2323264000. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Carlos Augusto de Santi Ribeiro. Julgado em 06/05/2008)

O Acórdão firmou o direito do participante às informações financeiras do empreendimento objeto da conta de participação.

É possível considerar amplo, portanto, o direito de fiscalização do sócio participante em relação à utilização do patrimônio especial.

### 3.4 POSSÍVEIS VANTAGENS TRIBUTÁRIAS

A conta de participação, até parte do ano de 1986, em decorrência do fato de não existir perante terceiros, não existia perante o Fisco, o que tornava impossível a incidência tributária sobre ela. Deste modo, a tributação se dava exclusivamente sobre o sócio ostensivo, em virtude do exercício da atividade (PIMENTA, 2005, p. 347).

O Decreto-lei n. 2.303/86, contudo, determinou a equiparação da sociedade em conta de participação às demais sociedades, para fins tributários, diminuindo severamente a vantagem tributária deste tipo societário. Sobre a nova legislação, manifestou-se REQUIÃO (2003, p. 423):

A sociedade em conta de participação foi praticamente extinta pelo Decreto-lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, que alterou a legislação tributária, ferindo a fundo essa sociedade. O art. 7º desse diploma tributário determinou que se equiparam à pessoa jurídica, para os efeitos da legislação do Imposto de Renda, as sociedades em conta de participação. O parágrafo único ainda determinava que, na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, seriam observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Ressalva-se, contudo, que a natureza despersonalizada da sociedade permanece intacta, segundo COELHO (2003, p. 152), “para os efeitos de direito comercial, vale dizer, para a disciplina das relações jurídicas entre os sócios e seus credores cíveis”.

No que se refere à personificação da sociedade, para fins de tributação, GALIZZI (2008, p. 113) assevera que não se deve perder de vista que o resultado e os lucros correspondentes à sociedade em conta de participação são registrados pelo sócio ostensivo. Assim, para o autor:

Compete a ele [ostensivo] a responsabilidade pela apuração de resultados, pela apresentação da declaração de rendimentos e pelo recolhimento dos impostos devidos pela conta de metade, que são pagos juntamente com seus próprios tributos, num mesmo Documento de Arrecadação de Receita Federal (Instrução Normativa n. 31/01, da RF). Portanto todos os tributos da sociedade em conta de participação são calculados e recolhidos pelo sócio ostensivo, sendo que também a responsabilidade tributária estende-se apenas a este.

Ainda que tais regramentos tenham, aparentemente, eliminado qualquer vantagem tributária concernente ao uso da conta de participação, GALIZZI (2008, p. 130) assevera que a formatação clássica da conta de participação é bastante utilizada no planejamento tributário de empresas, devido a alguns aspectos de seu tratamento fiscal. Este autor comenta três vantagens.

Primeiramente, levando em consideração que a apuração dos tributos devidos pela sociedade é feita independentemente da apuração daqueles devidos pelo sócio ostensivo, pode ocorrer de serem apurados prejuízos fiscais para o sócio ostensivo e lucro na sociedade em conta de participação. Neste caso, conclui o autor, “os dividendos do sócio ostensivo, oriundos da conta de metade, são considerados como receita, e, nos moldes da legislação fiscal, não estão sujeitos à tributação”.

Outra hipótese motivadora da utilização da conta de participação com vistas ao planejamento fiscal diz respeito à independência entre seu regime de tributação do imposto de renda e o adotado pelo sócio ostensivo. A Instrução Normativa n. 31/2001, da Receita Federal, dispõe, em seu art. 1º, que a conta de participação pode optar pela apuração e tributação com base no lucro presumido, enquanto o sócio ostensivo, conforme o caso, pode estar sujeito à tributação pelo lucro real.

Por último, GALIZZI (2008, p. 130-131), partindo do pressuposto que os lucros recebidos pelos sócios, advindos de investimento em sociedade em conta

de participação, não estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, não integrando, igualmente, a base de cálculo do tributo referente ao sócio, pessoa natural ou jurídica, conclui que “a conta de metade pode ser um instrumento útil àqueles sujeitos de direito que exploram atividades em parceria, propiciando as condições necessárias para se evitar a ocorrência dos fatos geradores em cascata”, o que ocorreria na hipótese de subcontratação.

Chega à mesma conclusão MOREIRA (2004), através de análise exemplificativa:

No caso, os sócios ocultos (pessoas jurídicas) fazem o aporte de recursos para a SCP, e esta em nome do sócio ostensivo desenvolve a atividade, sofrendo as incidências de PIS, COFINS, IRPJ, CSSL, ISS, etc., repassando a esses a parcela do lucro que pactuarem, impedindo-se assim a dupla incidência tributária manifestada, caso fossem os repasses feitos através de faturamento dos serviços.

Em suma, conforme diz PIMENTA (2005, p. 351), “a conta de participação pode ser utilizada como importante e inteligente instrumento de elisão fiscal”.

### 3.5 OUTRAS VANTAGENS DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO

#### 3.5.1 Desnecessidade de registro da sociedade

O preceito esculpido no art. 992 do Código Civil, atinente à desnecessidade de registro da sociedade em conta de participação, constitui, para muitos, uma das razões mais relevantes para a utilização deste modelo societário.

ALMEIDA (1989, p. 195) aponta a simplicidade e a rapidez da constituição da conta de participação como um “forte ponto a seu favor”, reforçando sua opinião em J. X. Carvalho de Mendonça e Alfredo Jorge Pinhal. Deste modo, ajustar-se-ia a conta de participação “àqueles negócios urgentes, onde não é possível aguardar a realização das morosas formalidades legais, obrigatórias nas demais sociedades”. Ainda, a constituição da sociedade não traz as despesas acarretadas pela constituição de outras formas societárias.

FINKELSTEIN (2009, p. 142), realçando a natureza “simples e desburocratizada” da conta de participação, aponta a prescindibilidade do registro como característica decisiva a ensejar o uso deste tipo de sociedade.

A conta de participação, conforme se verá no item 3.6, é comumente utilizada em transações definidas, com curto prazo de duração, a exemplo dos negócios momentâneos de importação (REQUIÃO, 2007, p. 441), de forma que, mesmo sendo possível a constituição de outro tipo societário para a realização do negócio, os custos e/ou a falta de tempo acabariam por inviabilizar tal empreitada, apresentando-se a conta de participação como instrumento mais viável à consecução dos objetivos das partes.

### **3.5.2 Possibilidade da contribuição dos sócios ser formada por dinheiro, bens ou serviços**

A forma de participação econômica de cada sócio da conta de participação dá-se livremente, podendo haver, assim, os que contribuam com dinheiro, bens e trabalho (MAMEDE, 2007, p. 26), conforme asseverado no capítulo 2, item 2.5. A sociedade em conta de participação é regida subsidiariamente, no que for compatível, pelas regras da sociedade simples, razão pela qual se aplica o art. 1.006 do Código Civil, que preceitua a possibilidade da contribuição dos sócios consistir em serviços. GALIZZI (2008, p. 91) acredita que referido dispositivo é “absolutamente compatível com a estrutura jurídica da sociedade em conta de participação”. Esta conclusão aparenta não encontrar expressa oposição na doutrina.

ALMEIDA (1989, p. 92) ressalta a possibilidade de o sócio participante contribuir com a sua indústria, dizendo que o “sócio oculto pode participar ativamente da vida social, sem vir a tornar-se responsável, ou melhor, sem tornar-se ostensivo. É o caso do sócio de indústria, que, com os seus conhecimentos específicos, orienta os negócios ou dá conselhos”.

Traçando um paralelo com a sociedade limitada, que não acolhe a contribuição para o capital social consistente em prestação de serviços, à vista do parágrafo segundo do art. 1.055 do Código Civil, a conta de participação pode se apresentar como o tipo societário mais indicado nos casos em que a contribuição de algum ou alguns dos sócios seja efetuada mediante serviços.

### **3.5.3 Previsão em lei**

A sociedade em conta de participação, em que pese a divergência doutrinária sobre a sua natureza jurídica, é instituto regulado expressamente na legislação pátria, desde o ano de 1850, quando de sua previsão no Código Comercial.

De tal forma, a conta de participação é plenamente regular, por força de lei, embora não possua personalidade jurídica (REQUIÃO, 2007, p. 441). Esta característica confere maior segurança jurídica às partes contratantes, que contam com o amparo da previsão legal (PIMENTA, 2005, p. 349).

Os contratos de parceria ou assemelhados, que podem fazer frente à conta de participação, tornam possível, por não terem regulamentação específica, a identificação dos contratantes como sócios de sociedade em comum, o que ensejaria a responsabilidade solidária e ilimitada de todos (BORBA, p. 95). Ademais, as vantagens tributárias da conta de participação não seriam aplicáveis a estes contratos.

Não é de se olvidar que a sociedade em conta de participação é configurada mediante análise da situação de fato, de modo que eventuais contratos atípicos poderiam ser tidos como verdadeiras sociedades em conta de participação, caso a realidade assim provasse. O risco dos contratantes, contudo, por não terem pactuado conscientemente nesse sentido, é substancial.

Todavia, sabendo os contratantes previamente acerca da estrutura jurídica da conta de participação, podem formatar um contrato social e modo de

atuação que se amolde à disciplina deste tipo societário, atraindo, assim, com segurança jurídica, as respectivas vantagens.

### **3.5.4 Liquidação simplificada da sociedade**

Preceitua o art. 996 do Código Civil, segunda parte, que a liquidação da sociedade “rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”, apurando-se o ativo e o passivo e dividindo-se entre os sócios o saldo líquido (credor ou devedor), se houver (DINIZ, 2009, p. 186).

As regras gerais sobre liquidação de sociedades, constantes nos arts. 1.102 a 1.112 do Código Civil, outrossim, não se aplicam à conta de participação, que se submete aos arts. 914 a 919 do Código de Processo Civil, referentes à prestação de contas.

A prestação de contas torna mais ágil e simples a liquidação, sem os rigores concernentes à regra geral, que leva em consideração terceiros interessados. Conforme diz WALD (2005, p. 111-112):

A ausência de personificação jurídica e seus efeitos perante terceiros, acarreta a inexistência de um patrimônio social a ser inventariado, para dedução das dívidas a serem pagas com a venda dos ativos sociais. Todas as obrigações com terceiros, vinculando diretamente o sócio ostensivo, não serão afetadas com a dissolução, que produz efeitos apenas entre os sócios.

O procedimento de liquidação da conta de participação revela-se, outrossim, mais ágil em comparação ao procedimento liquidatório das demais sociedades empresárias.

### 3.6 CONTEMPORANEIDADE NA UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Poucos são os dados existentes acerca do número e da exata amplitude da utilização da conta de participação (FINKELSTEIN, 2009, p. 125). A razão preponderante apontada para tal escassez de informação repousa no fato da sociedade não estar sujeita a registro, atuando, no mais das vezes, completamente silente aos olhos da sociedade em geral (FINKELSTEIN, 2009, p. 125; ACETI JÚNIOR e REIS, 2001, p. 738).

A sociedade em conta de participação é forma jurídica de variada utilização e, conforme assevera (ALMEIDA, 1989, p. 197), baseando-se em Carlos Guimarães de Almeida, ela é utilizada para cobrir vácuos jurídicos criados pelos novos negócios, ainda sem regulamentação específica.

Para CARLEZZO (2003, p. 160), há íntima relação entre a utilização da sociedade em conta de participação e o hodierno interesse das pessoas em investir em “venture capital” ou “private equity”. O capital de risco passou a ser uma interessante oportunidade de negócios, sendo crescentes os fundos ou as associações de pessoas rumando a direcionar seus recursos para tais investimentos, preterindo os clássicos aportes como renda fixa, fundos de pensão ou mesmo o mercado de capitais.

Surgem, outrossim, os investimentos nas empresas denominadas emergentes, que sinalizam um futuro promissor em termos de rentabilidade dos recursos investidos. Estas empresas comumente são de base tecnológica, podendo envolver, segundo CARLEZZO (2003, p. 160), os ramos de tecnologia da informação, internet, biotecnologia etc.

Na concepção de REQUIÃO (2007, p. 441-442), atualmente, “dadas as condições econômicas reinantes, as sociedades em conta de participação estão revivendo. Capitalistas emprestam seus capitais a empresários para aplicação em determinadas operações, repartindo-se o lucro a final”, sendo comum nos “negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação

imediate de expressivos capitais”. Desta forma, continua o autor, a “sociedade em conta de participação constitui moderno instrumento de captação de recursos financeiros para o desenvolvimento econômico, tendo, além disso, amplas e úteis aplicações, dentro do moderno campo do direito comercial”.

SOUZA (2004, p. 132-133) identifica “a tranquilidade de investir capital sem as responsabilidades e formalidades administrativas inerentes ao sócio” como fundamentos relevantes para a utilização, pelo empresário, da conta de participação, tendo em vista que este, apesar de possuir capital, pode não estar habituado aos riscos e custos da máquina administrativa de uma sociedade personificada, que está envolvida no emaranhado da legislação tributária e trabalhista, assim como, na pesquisa tecnológica.

A característica da informalidade é realçada por FINKELSTEIN (2009, p. 142):

Em um país marcado pela extrema burocratização, a natureza simples e desburocratizada da sociedade em conta de participação adapta-se totalmente àqueles negócios rápidos, de curta duração, e nos quais as partes ainda não depositem toda a sua confiança. Assim, nada como constituir um ente simples que não necessite dos intermináveis - e por vezes injustificados - trâmites registrários necessários em nosso país.

[...]

Necessário frisar a nossa opinião no sentido de que superada a interminável controvérsia doutrinária relativa à natureza jurídica das sociedades em conta de participação, deve-se, sim, estudá-las cada vez mais, em vista de sua utilização coadunar-se à celeridade dos negócios empresariais, uma vez que supera com presteza as dificuldades com que o empresário brasileiro se depara ao ter de constituir um outro tipo societário qualquer em nosso país.

BORBA (2004, p. 96-97) explana que, ao contrário das sociedades de responsabilidade ilimitada, que perderam inteiramente a sua importância, o contrato de participação “é um instituto em franca ascensão, sendo cada vez mais utilizado para uma série de empreendimentos”.

MARTINS (2006, p. 222) exalta o uso da conta de participação para operações determinadas, efêmeras, ao afirmar que a sociedade, ordinariamente, é formada para uma ou algumas transações. Mesmo que possa existir “em caráter permanente, o comum é que se organize para determinadas operações. Por tal



razão foi essa sociedade chamada de momentânea<sup>7</sup>, desaparecendo logo que desapareça o negócio para que foi formada”.

Segue neste mesmo sentido a opinião de WALD (2005, p. 98), ao dizer que a conta de participação, nas relações mercantis, costuma ser vista na formação momentânea e informal para a realização de um objetivo pontual, podendo transformar-se, ou não, em seguida, em sociedade com personalidade jurídica.

Quanto à utilização da sociedade em conta de participação em ramos específicos, variadas são as possibilidades. Em tópico destinado aos usos da conta de participação, BULGARELLI (2000, p. 51), lembrando outros juristas, revela possíveis empregos deste tipo societário, a exemplo das sociedades de investimento:

O Prof. Oscar Barreto Filho entendia que a sociedade em conta de participação é a forma associativa, dentro dos quadros do direito vigente, que melhor se presta para traduzir em termos jurídicos a atividade desenvolvida pelos *investments trusts* do tipo aberto (*open-end*). Também Waldemar Ferreira, além das sociedades de investimentos (*fundo de acceptance*) como sociedades em conta de participação, considerava o contrato de *royalties*, como dessa natureza. A maioria dos autores aponta os sindicatos financeiros (Pontes de Miranda, Dídimo da Veiga etc.) como sociedades em conta de participação. Aliás, Pontes de Miranda relaciona uma série de atividades negociais que podem ser exercidas e em muitos casos o são, sob a forma de sociedade em conta de participação, como a gestão ou controle de produtos ou de vendas - *cartel, konzern*; na exploração de imóveis, a indústria jornalística, obras públicas, na compra para corte e divisão posterior e venda de pedras preciosas por lapidadores, apenas exteriorizando-se um entre eles.

Outrossim, conclui este autor que “são inumeráveis as utilizações de que a sociedade em conta de participação pode revestir-se na prática”.

ALMEIDA (1989, p. 197-198), utilizando-se dos ensinamentos de Carlos de Guimarães de Almeida, expõe os casos onde existe ou pode existir uma conta de participação:

- a) as antigas sociedade de crédito e fiscalização, ou sociedades de investimento;
- b) os fundos de investimento (se bem que hoje sejam considerados condomínios);

---

<sup>7</sup> Vide art. 325 do Código Comercial, revogado pelo Código Civil de 2002.

- c) os empreendimentos florestais (Decreto-Lei n.º 1.134/70 e Decreto 68.565/71);
- d) as *joint ventures* (em certas circunstâncias);
- e) a gestão e o controle de vendas (constituição de cartéis etc.);
- f) a exploração de imóveis, prédios de apartamentos ou terrenos rurais;
- g) a indústria jornalística;
- h) as obras públicas;
- i) a compra e venda de pedras preciosas;
- j) o comércio marítimo;
- l) a exploração de concessões de serviços públicos;
- m) os sindicatos acionários (formados por vários acionistas que se reúnem para um adquirir ações em nome de um deles);
- n) a aquisição de bilhetes de loteria;

O mesmo autor, desta vez baseando-se em Ripert e Roblot, acrescenta as seguintes hipóteses:

- a) comércio de vinhos;
- b) sindicatos financeiros para emissão e colocação de ações;
- c) acordos industriais e comerciais;
- d) *pools* de investimentos.

Por fim, ALMEIDA (1989, p. 198), lembrando Alfredo Jorge Pinhal, apresenta a exploração de patentes por sociedade em conta de participação, onde o ostensivo exercerá a sua indústria.

A constituição de “joint ventures”, acima citada, também segundo GONÇALVES NETO (2007, p. 146) e GALIZZI (2004, p. 215-216) pode se dar mediante a utilização de sociedades em conta de participação com tempo determinado ou indeterminado de duração.

BORBA (2004, p. 96-97) rememora a aplicação da conta de participação no ramo das incorporações imobiliárias e nas parcerias empresariais, lembrando, ainda, que os fundos de investimento operam licitamente, em muitos países, mediante sociedades em conta de participação:

Uma de suas aplicações mais constantes vem se verificando na área de incorporações imobiliárias. Uma empresa assume a obra externamente, enquanto outras fornecem terreno e recursos para, depois, ratearem entre si o proveito apurado. Os fundos de investimento, que no Brasil optaram pelo condomínio acionário, têm adotado, em muitos países, como forma de atuação, a conta de participação. As parcerias empresariais, de que hoje muito se fala, e que se destinariam a reduzir custos e integrar resultados entre empresas produtoras e empresas

fornecedoras de peças ou componentes ou ainda de serviços, representam efetivas conta de participação.

Com efeito, GALIZZI (2004, p. 216) aponta a sociedade em conta de participação como interessante alternativa para o estruturamento de parcerias internacionais, a serem constituídas entre sociedades nacionais e estrangeiras. Este autor ainda ressalta:

Não será demais salientar que, em virtude de não possuir personalidade jurídica, a conta de participação não está sujeita às exigências de registro previstas para os demais tipos societários regulados pela legislação brasileira. De outro lado, pelo fato de ser oculta, a sociedade em conta de participação permite que uma pessoa possa realizar negócios sem ser conhecida, podendo-se afastar, de certo modo, a proibição imposta a alguns para exercerem empresa em terreno nacional.<sup>8</sup>

Quanto ao caráter benfazejo da utilização da conta de participação como forma de revestimento de parcerias empresariais em geral, GALIZZI (2004, p. 217) enumera algumas consequências:

redução do investimento (o aporte de capital que seria individual passa a ser elaborado por todos os *co-ventures*); alcance de economias de escala (muitas vezes, duas sociedades, em função de sua esfera produtiva, não teriam como alcançar, sozinhas, determinado mercado); partilha de canais de distribuição (poderia, com a parceria, o *co-venture* atuar em mercado novo, desconhecido contudo, para tanto, com o apoio de uma rede de distribuição já estruturada pelo parceiro hospededeiro); partilha de pessoal; expansão dos negócios; racionalização de custos registrários e operacionais etc.

FINKELSTEN (2009, p. 125) assevera que a conta de participação, em face de sua desburocratização e sigilo, presta-se a diversos usos, “sendo muito utilizada em licitações públicas, como forma de exploração de novo negócio ou mesmo como forma de planejamento sucessório de bens”.

Certo é que não somente os comentários doutrinários, mas também a jurisprudência, servem de fonte para identificar a efetiva utilização deste tipo societário. Nesta seara, segundo é possível denotar no exposto pela doutrina e pela

---

<sup>8</sup> O próprio autor aponta os ramos de atividade em que há restrição à atuação de pessoa estrangeira no Brasil: “serviços de saúde, pesquisa e lavra de recursos minerais, propriedade e administração de jornais, revistas, redes de rádio e televisão, serviços de correio e telégrafo, exploração, mediante concessão, de linhas aéreas domésticas.”

própria procura direta na base de dados dos Tribunais, muitos casos envolvendo sociedades em conta de participação já foram levados a juízo.

Primeiramente, vale rememorar o Acórdão proferido no recurso especial n. 168.028, antes comentado, o qual demonstra a aplicação da conta de participação na exploração dos chamados *flats*. O relator para o julgado ainda anotou sobre os usos hodiernos da conta de participação, nos seguintes termos:

Devo consignar que, nos dias atuais, esse tipo de sociedade 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 unidades e as entrega a empresas especializadas, confiando a estas a sua exploração comercial.

O Acórdão proferido na apelação cível n. 2004.020141-9, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgada em 01 de dezembro de 2008, também corrobora o uso da conta de participação nas incorporações imobiliárias.

No tocante às licitações públicas, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na apelação cível n. 98.001.07606, julgada em 11 de fevereiro de 1999, manifestou-se a respeito, validando tal composição, firmando, assim, a utilização da sociedade em conta de participação neste meio.

Outro emprego citado pela doutrina e já apreciado pelo judiciário diz respeito às sociedades em conta de participação tendo como objeto o reflorestamento. Na apelação cível n. 377.147-3, julgada em 08/02/2007, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu que o sócio ostensivo tem o dever de prestar contas ao sócio oculto, por decorrência não só da lei (art. 993, parágrafo único), mas por ser inerente ao exercício da atividade empresarial.

### **3.6.1 Casos nos quais inexiste a conta de participação**

A configuração da conta de participação depende do preenchimento, em maior ou menor grau, dos requisitos já tratados, essencialmente, nos itens 2.2, 2.3 e 2.4 deste trabalho, pouco importando que se dê o rótulo de sociedade em

conta de participação ao instrumento contratual, ou que as partes não tenham consciência da figura jurídica ajustada (MAMEDE, 2007, p. 25-26). Logo, verificados os requisitos concernentes à conta de participação, esta restará constituída.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui inúmeros julgados declarando a inexistência de sociedade em conta de participação no tocante a algumas formas de atuação, mormente quando relacionada à aquisição de carta de crédito, entendendo haver contrato de consórcio, e não sociedade em conta de participação, conforme é possível depreender da simples leitura da ementa do Acórdão proferido no Recurso Inominado n. 71002001493, julgado em 07/10/2009:

COBRANÇA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. PROMESSA DE CRÉDITO PARA AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL. SIMULAÇÃO DE CONTRATO DE CONSÓRCIO, RESULTANDO EM PREJUÍZO AO CONSUMIDOR. NÃO CONFIGURADA A INÉPCIA DA INICIAL, POR NÃO SE ENQUADRAR NAS HIPÓTESES DO § ÚNICO E INCISOS DO ART. 295, DO CPC, DEVENDO SER REABERTA A INSTRUÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO. (TJRS. 2ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado n. 71002001493. Relator Afif Jorge Simões Neto. Julgado em 07/10/2009)

O Tribunal sul-rio-grandense, ao declarar a natureza jurídica distinta destes contratos, aplica, igualmente, a legislação consumerista em tais relações.

Há decisões, todavia, que claramente relevam os caracteres formais atinentes ao instituto da sociedade em conta de participação. No julgamento da apelação cível n. 70022256424, em 19/08/2008, cenário no qual havia a aquisição de automóveis via sistema de administração cooperada, pleiteou o suposto sócio participante a redução da taxa de administração. Neste caso, não houve a declaração de inexistência da conta de participação, mas entendeu o relator que, por ser a conta de participação um contrato próximo ao consórcio, o tratamento daquela deveria ser igual ao tratamento dado a este, quando necessário para manter a proteção jurídica do consumidor. Nos termos expostos no Acórdão, “ainda que não se cuide de contrato de consórcio, o contrato de sociedade em conta de participação em liça é mui similar àquele e não merece tratamento diverso, mormente quando a pretensão é colocá-lo ao largo da legislação protetiva, como visa a fornecedora”.

Destarte, observando os julgados, a qualificação jurídica do contrato dependerá da análise da real estrutura relacional formada entre o ostensivo e participante. Traçando um paralelo entre a doutrina e a jurisprudência, é possível denotar, ao menos implicitamente, a importância da participação de todos nos lucros e nos prejuízos (BRANDÃO, 1990, p. 31).

Na sociedade em conta de participação constituída para a administração de *flats*, por exemplo, é evidente que o ganho de cada participante variará conforme o sucesso do negócio, ao passo que, em aquisição de cartas de crédito, o suposto ostensivo opera semelhantemente a uma instituição financeira, não concorrendo o participante nos lucros e prejuízos do negócio.

Ademais, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do conflito de competência 41915/SP, em 13/12/2004, que “a formação da sociedade em conta de participação para a captação de clientes e formação de grupos de crédito constitui simulação de efetiva atividade de administração de grupos de consórcio”, ou seja, apesar do nome fornecido, as regras do negócio equiparam-se às do consórcio, “em que os aderentes se obrigam a realizar depósitos mensais para um fundo social, além da cobrança de diversas taxas de administração”.

Trata-se, então, de mera maquiagem contratual, não havendo legítima constituição de sociedades em conta de participação nessas situações.

Ante o exposto, analisados os pontos considerados mais importantes da sociedade em conta de participação, verifica-se que o amplo espectro negocial possibilitado por esse tipo societário provoca a necessidade de se examinar o caso concreto, a fim de assegurar, com maior ou menor convicção, a aplicação dos princípios concernentes ao instituto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maior estabilidade econômica vivenciada hodiernamente, o crescimento contínuo do mercado, bem como da concorrência, a cada vez mais complexa legislação regente das sociedades empresárias, e a contínua especialização destas, são elementos que justificam a utilização da conta de participação, por não estar afeta às formalidades e obrigações comuns aos demais tipos societários.

Revela-se como a mais ou uma das mais flexíveis sociedades empresárias, prestando-se não só às aplicações citadas neste trabalho, mas também a situações ainda não suspeitadas.

A idade avançada do tipo societário não lhe retirou a juventude, uma vez que seu regramento legal apenas fornece os contornos legais básicos, outorgando às partes ampla liberdade para formatar a relação societária e a exploração do objeto social.

A informalidade do tipo social facilita sobremaneira a execução de empreendimentos com prazo certo de duração ou operações específicas, inexistindo os rigores de toda sorte que recaem sobre as demais sociedades.

O sócio ostensivo, sendo o único a existir perante terceiros, atua com inegável autonomia, dentro, é certo, do pactuado no contrato social, mas com amarras evidentemente mais suaves que as dos demais tipos societários, fornecendo dinamismo à execução do objeto, pois geralmente já conta o *know-how* necessário àquela.

As características que envolvem o sócio participante, por sua vez, parecem constituir forte elemento de atração para que investidores operem na posição oculta, contribuindo diretamente com numerário ou bens, sem esquecer-se da possibilidade de atuação mediante a execução de serviços, no âmago das operações sociais.

É perceptível que a legislação, ao conceber a conta de participação como uma sociedade inexistente perante terceiros, conseqüentemente colocou o participante numa posição segura perante as obrigações assumidas pelo ostensivo em favor da sociedade, pois terceiros não possuem qualquer direito frente àquele. O julgado do Superior Tribunal de Justiça comentado neste trabalho, referente ao sistema de administração de *flats*, bem demonstra a eficácia jurídica outorgada à previsão de inexistência do participante perante terceiros.

Com efeito, são dignos de nota todos os efeitos advindos da simples constituição da sociedade, pois, apesar da informalidade que permeia a conta de participação, robustas conseqüências advindas do direito societário são por ela atraídos, a exemplo da concorrência de todos nos lucros e prejuízos, a necessidade do patrimônio especial ser utilizado no fim social, a prestação de contas, e as demais conseqüências de ser uma sociedade regida subsidiariamente pelas normas da sociedade simples.

Revela ser este tipo social, outrossim, instrumento que a imaginação e a criatividade de empresários e advogados podem explorar para resolver e reger os mais variados negócios jurídicos que a economia moderna impõe, pois, ocupando posição entre as sociedades personificadas e as variadas formas de financiamento da atividade empresarial disponíveis no mercado, a sociedade em conta de participação elimina inconvenientes de ambos, firmando-se como valioso instituto jurídico contemporâneo.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; REIS, Maria Flávia Curtolo. **Sociedade em conta de participação**. In Revista dos Tribunais. ano 90. v. 794. dezembro de 2001. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 727-745.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Manual das sociedades comerciais: direito de empresa**. 14 ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. **A sociedade em conta de participação**. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

ARAÚJO, Vaneska Donato de; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Direito de empresas**. v. 6. Coordenação de Henrique G. Herkenhoff. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Coordenação de Cezar Peluso. 2 ed. Barueri, SP : Manole, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial: estudo das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagem às sociedades civis e cooperativas**. 9 ed. São Paulo : Atlas, 2000.

CÂMARA, Sérgio Santos Sette. **Sociedades em conta de participação**. In Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. v. 7. Coordenação de Wille Duarte Costa. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

CARLEZZO, Eduardo. **Sociedade em conta de participação**. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 1. n. 1. setembro-outubro de 1999. Porto Alegre : Síntese, 1999, p. 159-161.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14 ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa**. v. 8. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

DÓRIA, Dílson. **Curso de direito comercial**. v. 1. 5 ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

DOWER, Nélon Godoy Bassil. **Direito comercial simplificado**. 2 ed. São Paulo : Nelpa, 2000.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial, terceiro volume: o estatuto da sociedade de pessoas**. São Paulo : Saraiva, 1961.

FIUZA, Ricardo; DE LUCCA, Newton. **Código civil comentado**. Coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

GALIZZI, Gustavo Oliva. **A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero joint venture**. *In* Revista de direito mercantil, ano XLIII. n. 135. julho-setembro de 2004. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 206-218.

\_\_\_\_\_. **Sociedade em conta de participação**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2 ed. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Mauro Brandão. **A sociedade em conta de participação**. São Paulo : Saraiva, 1990.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro, volume 2: direito societário: sociedades simples e empresárias**. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 27 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 30 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Privado Brasileiro**. v. 4. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959.

MOREIRA, Janir Adir. **A sociedade em conta de participação utilizada para planejamento tributário**. Disponível em: [http://www.janirmoreira.com.br/detalhes.asp?id=66&cat\\_id=12&cat\\_nome=Dr.%20Janir%20Adir%20Moreira&topo=SUB&dnome=A%20Sociedade%20em%20conta%20de%20participa%E7%E3o%20utilizada%20para%20planejamento%20tribut%E1rio](http://www.janirmoreira.com.br/detalhes.asp?id=66&cat_id=12&cat_nome=Dr.%20Janir%20Adir%20Moreira&topo=SUB&dnome=A%20Sociedade%20em%20conta%20de%20participa%E7%E3o%20utilizada%20para%20planejamento%20tribut%E1rio).  
Data de acesso: 22/11/2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 25 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**, volume 1. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

NETO, Abib. **Novo código civil: interpretado e comentado**. São Paulo : Letras & Letras, 2003.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica: orientações metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso**. Porto Alegre : Síntese, 2001.

PAES, P. R. Tavares. **Curso de direito comercial: parte geral, sociedades**. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

PEREIRA, Alexandre Manuel Rodrigues. **As responsabilidades na execução trabalhista**. *In* Revista da Legislação do Trabalho. n. 1. São Paulo, 1998, p. 48-53.

PIMENTA, Vinícius Rodrigues. **Sociedade em conta de participação motivos para sua utilização**. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 47. julho-dezembro de 2005. Belo Horizonte : Universidade Federal de Minas Gerais, 2005, p. 341-353.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 49. Rio de Janeiro : Borsoi, 1965.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 25 ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo : Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. v. 1. 27 ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo : Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Manuel Cândido. **Contratos de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade**. *In* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. v. 1. 3 ed. Coordenação de Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 1997, p. 439.

SOUZA, Marco Antônio de. **Alguns aspectos jurídicos da sociedade em conta de participação**. *In* Revista Jurídica da Universidade de Franca, ano 7. n. 13. 2º semestre. Franca : Universidade de Franca, 2004, p. 132-133.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil: livro II, do direito de empresa**. v. 14. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 2005.

## **ANEXO A – MODELO DE CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO**

O modelo abaixo colacionado foi obtido da obra de MAMEDE (2007, p. 28):

### **Contrato de sociedade em conta de participação**

que entre si celebram, como sócio ostensivo, Nohmi e Valias Bebidas Ltda., empresa inscrita na Junta Comercial de Minas Gerais sob o número XXXXXX, com sede na Avenida dos Exemplos, nº 9, em Brasília de Minas, Minas Gerais, e, como sócios ocultos, João Debret, francês, casado, desenhista, domiciliado na Rua da Exemplificação, nº 4.789, em Ponte Nova, Minas Gerais, e Joaquim Maria Assim, brasileiro, casado, professor, domiciliado na Praça d'Outros Exemplos, 32, na Capital do Rio de Janeiro, que se obrigam ao cumprimento das aqui cláusulas dispostas neste instrumento.

Cláusula Primeira: A sociedade em conta de participação tem por objeto a compra e distribuição pelo mercado atacadista de bebidas de 5.000 (cinco mil) garrafas de um litro de aguardente “Magna Carta”, reserva especial, produzida por Destilaria AFM S.A., empresa inscrita na Junta Comercial de Minas Gerais sob o número XXXXX, com sede na Avenida dos Exemplos, nº 15, em Brasília de Minas, Minas Gerais.

Cláusula Segunda: O valor total do investimento para a concretização do objeto deste contrato é de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), dividido em 3 (três) partes de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cada qual de responsabilidade de um dos sócios.

§ 1º O sócio ostensivo se obriga a comunicar aos sócios ocultos qualquer alteração de custo, devendo comprovar aquelas que impliquem o aumento do valor total do negócio.

§ 2º Consideram-se custos da operação, rateados entre todos os sócios, as perdas ocasionadas por fatos caracterizadores de caso fortuito ou motivo de força maior. O sócio ostensivo comunicará sua ocorrência aos sócios ocultos tão logo tenha ciência.

§ 3º O sócio ostensivo está obrigado a comprovar a ocorrência das perdas referidas no parágrafo anterior, bem como a quantificá-las.

Cláusula Terceira: Os sócios ocultos se comprometem a entregar ao sócio ostensivo, antes de completados 30 (trinta) dias, após a conclusão do negócio, metade do valor de sua participação, e a outra metade antes de completados 60 (sessenta) dias da conclusão do negócio.

§ 1º Os valores referidos no *caput* deverão ser entregues em dinheiro ou depositados em tempo hábil para que estejam compensados e disponíveis em conta corrente no prazo determinado, permitindo o adimplemento das prestações do negócio.

§ 2º O sócio inadimplente estará obrigado ao pagamento integral da multa estipulada no contrato estabelecido com a Destilaria Nato S.A.

§ 3º Independentemente da obrigação anotada no parágrafo anterior, o sócio inadimplente ainda estará obrigado a indenizar pelos danos que seu ato venha determinar, aplicado o artigo 927 do Código Civil.

Cláusula Quarta: A administração dos negócios sociais e os seus atos de gestão caberão exclusivamente ao sócio ostensivo, como disposto no artigo 991 do Código Civil.

§ 1º Os sócios ocultos têm o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, bem como de pedir-lhe a prestação de contas.

§ 2º O sócio ostensivo manterá escrituração contábil própria para o patrimônio especializado desta sociedade, conforme estipulação do artigo 994, *caput* e § 1º, do Código Civil, sem necessidade de qualquer registro, mas acompanhada dos documentos bastantes para a comprovação dos respectivos lançamentos, de acordo com o disposto no Regulamento do Imposto de Renda.

Cláusula Quinta: O sócio ostensivo se compromete a aplicar todo o cuidado e diligência necessário para o sucesso da empreitada, atuando com probidade, boa-fé e respeitando a legislação vigente.

Cláusula Sexta: Os sócios, ostensivo e ocultos, participam dos lucros e das perdas dos negócios objeto desta contratação, na proporção das suas respectivas quotas.

Cláusula Sétima: A presente sociedade considerar-se-á dissolvida com a conclusão da operação, prestando suas contas o sócio ostensivo, com aprovação pelos sócios ocultos.

§ 1º Também se dissolverá a sociedade havendo consenso unânime dos sócios neste sentido.

§ 2º A aprovação das contas por cada sócio caracteriza quitação, ficando solvidas as obrigações entre esse e o sócio ostensivo.

Cláusula Oitava: As modificações neste instrumento deverão ser deliberadas pela maioria absoluta do capital social, com votos tomados pelo número de quotas de cada sócio.

Parágrafo único: Exigem unanimidade dos votos as alterações contratuais que versem sobre:

I – objeto do contrato, incluindo quantidade, espécie e tipo das bebidas a serem adquiridas e distribuídas;

II – percentual de participação nas perdas ou percentual de participação nos lucros devidos a cada sócio; e

III – indicação do sócio ostensivo.

Cláusula Nona: Os sócios elegem como foro para a solução de eventuais litígios a comarca de Montes Claros, em Minas Gerais. Estando assim acordados, firmam o presente contrato, em três vias, na presença de duas testemunhas que também assinarão o presente instrumento. Segue-se local, data e as assinaturas dos contratantes e das duas testemunhas, devidamente qualificadas.