Doutrina & Atualidades

NOTAS SOBRE A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO PROJETO DE “NOVO CÓDIGO COMERCIAL”

JOÃO PEDRO SCALZILLI

LUÍS FELIPE SPINELLI

Poucos institutos jurídicos são tão importantes para o tráfico negocial e, ao mesmo tempo, tão incompreendidos quanto a sociedade em conta de participação.

Não resta dúvida de que se trata de um dos tipos societários mais pujantes, podendo-se supor seja o tipo mais utilizado depois das sociedades limitadas – ou até em pé de igualdade com elas –, inclusive muito mais do que as sociedades anônimas e do que as cooperativas.

Tal afirmação, porém, não pode ser fundada em números precisos, já que a constituição deste tipo societário é livre de qualquer formalidade, inexistindo a previsão legal de um registro para ela – e, conseqüentemente, dados oficiais sobre o número de sociedades em conta de participação existentes. Como salienta o eminente jurista português Raul Ventura, o conhecimento das sociedades em conta de participação só pode advir da prática forense ou judiciária.¹

Virtuosa, como já se disse alhures,² suas características mais peculiares são aquelas

que justamente a afastam dos olhares do público em geral. Isso porque a falta de matrícula ocasiona não só a inexistência dos dados decorrentes do registro cartorário, mas também acarreta a falta de personalidade jurídica e, por conseguinte, de nome, de patrimônio próprio – enfim, de todos aqueles atributos essenciais para que pudesse atuar no mundo jurídico, contratando em seu próprio interesse. Por conseguinte, depende do sócio ostensivo para adquirir direitos e contrair obrigações – característica que isola esse tipo societário do mundo exterior, permanecendo as relações entre seus integrantes em *circuito fechado*.³

Entretanto, se, por um lado, suas características impedem que se conheçam a exata dimensão e a importância exercida pela sociedade em conta de participação, por outro lado, pistas de sua virtuosidade podem ser colhidas junto aos profissionais que atuam em áreas da Economia verdadeiramente tomadas por esse tipo societário, tais como a construção civil e os negócios hoteleiros, entre muitos outros.

E, não bastasse isso como prova da pujança da sociedade em conta de participa-

1. Raul Ventura, “Associação em participação: Anteprojeto e notas justificativas”, *BMJ* 189/43, 1969.

2. Carlos Guimarães de Almeida, “A virtuosidade da sociedade em conta de participação”, *RDM* 8/45-63, Ano 11, São Paulo, 1972.

3. Gustavo Oliva Galizzi, *Sociedade em Conta de Participação*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2008, p. 18.

ção, lembra Ripert, referindo-se à realidade francesa, que testemunho confiável pode ser colhido nos tribunais, onde o abundante número de precedentes envolvendo tal tipo societário tem demonstrado o quão em voga está esse arranjo societário⁴ – situação que em nada difere da brasileira.

Se essa singela notícia acerca da importância econômica da sociedade em conta de participação já é suficiente para chamar a atenção para o fato de que qualquer alteração sensível nesse arranjo societário pode trazer repercussões graves no mercado – sobretudo para os agentes econômicos habituados a utilizá-la como importante fonte de financiamento da atividade produtiva –, imagine-se, agora, uma mudança radical na estrutura do instituto, com repercussões variadas, inclusive de ordem tributária, que parecem escapar ao olhar desatendo daqueles que projetam nova vida para o instituto.

Se mudar só por mudar já não é algo recomendável, que dirá mudar para pior tão importante instituto pela introdução de um texto legal que substitui, sem nenhum acréscimo, os bem-acabados dispositivos do Código Civil sobre a sociedade em conta de participação, cujo Anteprojeto coube ao eminente comercialista Mauro Brandão Lopes, um dos poucos a se debruçar sobre o tema com a seriedade e o rigor acadêmico que se esperam daqueles que criam as leis.

Com efeito, o Projeto de Lei do chamado “Novo Código Comercial”, além de apresentar as inconsistências que abaixo serão apontadas, retira do ordenamento jurídico regras importantes sobre a sociedade em conta de participação, além de perder a oportunidade de bem regrar uma série de outras questões que poderiam ser aperfeiçoadas em relação à legislação em vigor.

É disso que trata este pequeno texto, elaborado a partir do parecer que nos coube apresentar no âmbito da Comissão de Direito Comercial da OAB/Seccional do Rio Grande do Sul, que analisou fragmentos do Projeto de “Novo Código Comercial” a fim de contribuir com o debate que se instalou no País.

Comissão de Direito Comercial da OAB/RS
Exame dos arts. 434 a 444
do Projeto de Lei n. 1.572/2011
(“Novo Código Comercial”)

É com satisfação que fomos incumbidos de analisar, pela Comissão de Direito Comercial da OAB/Seccional Rio Grande do Sul, os dispositivos do Projeto de Lei 1.572/2011 (“Novo Código Comercial”) que tratam da sociedade em conta de participação, o que passamos a fazer objetivamente, sugerindo as alterações que consideramos adequadas e oportunas:

4. Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1972, p. 512.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
<p>Livro III – Das Obrigações dos Empresários</p> <p>Título II – Dos Contratos Empresariais</p> <p>Subtítulo II – Dos Contratos Empresariais em Espécie</p> <p>Capítulo V – Da conta de participação</p> <p>Art. 434. A conta de participação é o contrato de investimento conjunto, em que os contratantes são designados: I – sócio ostensivo; e II – sócio ou sócios ocultos ou participantes.</p>	<p>Livro III – Das Obrigações dos Empresários</p> <p>Título II – Dos Contratos Empresariais</p> <p>Subtítulo II – Dos Contratos Empresariais em Espécie</p> <p>Capítulo V – Da Conta de Participação</p> <p>Art. 434. A conta de participação é o contrato de investimento conjunto, em que os contratantes são designados: I – sócio ostensivo; e II – sócio ou sócios ocultos ou participantes.</p>	<p>Livro II – Das Sociedades Empresárias</p> <p>Título I – Das Disposições Gerais</p> <p>Capítulo IV – Da Sociedade Não Personificada</p> <p>Art. 434. 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, sócios ocultos ou participantes, dos resultados correspondentes.</p> <p>Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão somente o sócio ostensivo, com todo o seu patrimônio; o sócio oculto ou participante responde exclusivamente perante o ostensivo e, salvo estipulação contratual em contrário, sua responsabilidade é limitada ao seu aporte na sociedade em conta de participação.</p>

Justificativa

O problema aqui é a caracterização da “conta de participação” como contrato em manifesto desacordo com a natureza jurídica que, historicamente, lhe é atribuída no Direito Brasileiro (a saber, *natureza societária*) – como ocorre em diversos outros Países,⁵ pese embora a que se reconheça que alguns ordenamentos jurídicos regulem a conta de participação como contrato.⁶

É importante ressaltar que a discussão em torno da natureza jurídica da conta de participação

5. Na Alemanha, o Código Comercial a denomina *stille Gesellschaft*, algo como *sociedade tácita, confidencial, secreta* (*Handelsgesetzbuch*, §§ 230-237). Na França, o Código Civil regulou as *sociétés en participation* como legítimas sociedades (*Code Civil*, arts. 1.871-1.873). Finalmente, na Argentina, a Lei 19.550/1984 deixa claro o caráter societário da *sociedad en participación*, que também chama de *sociedad accidental* (*Ley de Sociedades Comerciales*, arts. 361-366).

6. O *Codice Civile, Titolo VII*, arts. 2.549-2.554, regulou as *associazione in partecipazione* fora do Título V, que cuida das sociedades. Na Espanha, o Código Comercial disciplinou as *cuentas en participación* igualmente fora do Título I do Livro II, dedicado às sociedades mercantis (*Código de Comercio, Libro II, Título II*, arts. 239-243). Em Portugal é a associação em participação tratada como contrato não societário, chamado “contrato de associação em participação” pelo Decreto-lei 231/1981 (arts. 21-31).

não é estéril, fetichismo acadêmico desprovido de consequências práticas. Muito pelo contrário:

(i) em primeiro lugar, a mudança da natureza da SCP pode acarretar importantes efeitos relativos à tributação dos resultados distribuídos pelo ostensivo; (ii) em segundo lugar, a forma de interpretar os direitos e deveres dos sócios pode ser afetada, pois a intensidade destes varia conforme se atribui natureza contratual ou societária à SCP (exemplificativamente, a boa-fé objetiva – e os deveres decorrentes de tal princípio – incide em *nível máximo* nas sociedades⁷); (iii) finalmente, para encerrar um rol de exemplos que poderia se estender muito mais, admitindo a natureza societária da conta de participação, pode-se aceitar a ideia de um sistema de formação de vontade social por meio de deliberações tomadas *pela maioria*, em que os sócios participantes tenham direito de opinar sobre os rumos do negócio comum;⁸ no caso da natureza contratual fica difícil conceber tal possibilidade.

7. Fábio Konder Comparato, “Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vera*”, *RDM* 36/69, Ano 28, São Paulo, outubro-dezembro/1979; Clóvis Verissimo do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pp. 30 e ss.

8. Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 7ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 161 e 163.

Ademais, ao chamar de “sócios” as partes da conta de participação, cai o projetista em verdadeira contradição, a qual revela a sua falta de convicção acerca daquilo que tenta afirmar. Isso sem contar que o art. 444 do Projeto de Lei determina a aplicação supletiva das normas da sociedade limitada nas relações entre os contratantes – e não haveria como ser diferente, pois a SCP é uma *autêntica sociedade*.⁹

E não se diga que a conta de participação não é sociedade porque lhe falta personalidade jurídica, uma vez que este atributo não é nem nunca foi elemento essencial do conceito de sociedade.¹⁰ Com efeito, o *conceito de personalidade jurídica* é bastante recente (não existiu como o conhecemos em Roma, nem no Medieval¹¹), sendo fruto da Pandectística alemã do século XIX,¹² decorrente da necessidade de teorizar sobre a vacuidade subjetiva verificada nas sociedades anônimas em decorrência da alienação completa das entradas de capital por todos os sócios.¹³ E tanto isso é verdade que o próprio Projeto de Lei reconhece a sociedade irregular (arts. 132-137), a qual é desprovida

de personalidade jurídica – isso sem contar que em diversos Países as sociedades de pessoas são despersonalizadas.¹⁴

Por esses argumentos, em primeiro lugar, necessária é uma reforma na estrutura do Projeto de Lei, criando-se o Capítulo IV dentro do Título I do Livro II, a fim de que seja tratada a SCP dentro do livro das sociedades, logo após a sociedade irregular, uma vez que ambas são sociedades sem personalidade jurídica. De qualquer forma, entendemos que esta é a alteração possível diante do estágio em que se encontra o Projeto de Lei; o ideal, todavia, seria reproduzir a estrutura existente no Código Civil em vigor, na qual a conta de participação, juntamente com a sociedade em comum, é tratada no “Livro II – Do Direito de Empresa”, “Título II – Da Sociedade”, “Subtítulo I – Da Sociedade Não Personalizada”.

Ainda, sugere-se a alteração do dispositivo, adotando-se redação semelhante ao art. 991 do atual CC, que bem delimita o que seja a conta de participação.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 435. A conta de participação não pode ter nome empresarial, mas o investimento conjunto pode ser identificado por marca.	Art. 435. A conta de participação não pode ter nome empresarial, mas o investimento conjunto pode ser identificado por marca.	Art. 435. A sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação, mas pode adotar um título para efeitos de organização e controle interno.

Justificativa

A conta de participação não possui nome (firma ou denominação), já que sequer precisa disso,

9. Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 22ª ed., Munique, C. H. Beck, 2009, p. 54.

10. Mauro Brandão Lopes, *A Sociedade em Conta de Participação*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 26.

11. Cf.: Ricardo Orestano, *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*, Turim, G. Giappichelli, 1968, pp. 9-10; Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *Direito das Companhias*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 41.

12. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 347.

13. Walfrido Jorge Warde Jr., *Responsabilidade dos Sócios: a Crise da Limitação e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 6.

uma vez que não atua no mundo jurídico em nome próprio – vale lembrar: é o sócio ostensivo que atua em seu próprio nome e no interesse comum. Nesse sentido, o art. 1.162 do CC é expresso em relação a isso, como também dispunham o art. 325 do CC Comercial de 1850 e o art. 3º, § 4º, do Decreto 916/1890 (decreto, este, que criou o registro de firmas ou razões comerciais).

Tal fato, contudo, não impede que os sócios atribuam para a SCP um nome ou, melhor dizendo, um *título*, para efeitos de organização e controle interno, porque é bastante comum a situação de uma mesma pessoa ser sócia de várias contas de participação, tanto como ostensiva quanto como participante. Esta medida facilita, inclusive, a realização da escrituração contábil da conta de

14. Alemanha e Itália, por exemplo.

participação quando feita nos próprios livros do sócio ostensivo.¹⁵

Tendo em vista que a expressão “nome social” possui um conceito jurídico preciso, Fran Martins, por exemplo, ao se referir à designação dada a determinadas contas de participação para efeito de controle interno – por exemplo, anotações nos livros contábeis –, prefere utilizar a palavra “título”, precisão que se nos afigura corretíssima.¹⁶ Exatamente por isso, parece desaconselhável a utilização da expressão “marca”, pois consiste ela em instituto jurídico diverso, com conceito preciso e cuja aplicação nesse contexto não é adequada. E, de fato, a SCP, perante terceiros, não realiza qualquer ato: no mercado atua única e exclusivamente o sócio ostensivo, em nome próprio, como

corretamente dispõe o art. 991 do CC em vigor e como prevê o próprio Projeto de Lei no art. 436.

Finalmente, tem-se que a adjetivação “empresarial” associada ao *nome* também se figura inadequada, uma vez que a conta de participação pode ser constituída tanto para a participação em atividade empresarial quanto para atividade simples (não empresária)¹⁷ – como o próprio Projeto de Lei reconhece no art. 665, ao propor nova redação ao art. 983 do CC em vigor. Em resumo, diz-se que a sociedade em conta de participação é empresária ou simples de acordo com a *natureza da atividade explorada* pelo sócio ostensivo.

Por essas razões, sugere-se a alteração mencionada.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 436. Ao sócio ostensivo cabe exercer a atividade empresarial objeto de investimento conjunto, em seu nome e sob sua própria e exclusiva responsabilidade.	Art. 436. Ao sócio ostensivo cabe exercer a atividade empresarial objeto de investimento conjunto, em seu nome e sob sua própria e exclusiva responsabilidade.	

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 437. Pelas obrigações relacionadas à exploração do objeto de investimento conjunto responde unicamente o sócio ostensivo, pessoal e ilimitadamente.	Art. 437. Pelas obrigações relacionadas à exploração do objeto de investimento conjunto responde unicamente o sócio ostensivo, pessoal e ilimitadamente.	

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 438. O sócio oculto ou participante tem responsabilidade exclusivamente perante o sócio ostensivo, segundo o definido no contrato de conta de participação.	Art. 438. O sócio oculto ou participante tem responsabilidade exclusivamente perante o sócio ostensivo, segundo o definido no contrato de conta de participação.	

Justificativa

Estes dispositivos estão de acordo com a essência da SCP e regulam, corretamente, a relação entre os sócios bem como a relação do sócio ostensivo com terceiros. Todavia, diante da proposta de

15. Cf.: Luís da Cunha Gonçalves, *Da Conta em Participação*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1923, p. 25; Raul Ventura, “Associação em participação: Anteprojeto e notas justificativas”, cit., *BMJ* 190/42; Gustavo Oliva Galizzi, *Sociedade em Conta de Participação*, cit., pp. 51-52.

16. Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 290-291.

alteração do art. 434 do Projeto de Lei, sugere-se a supressão de tais artigos.

17. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Traçado de Direito Privado*, 3ª ed., t. 49, São Paulo, Ed. RT, 1984, pp. 321-322 e 331; João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 325; Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, cit., 5ª ed., pp. 292-293; e José Gabriel Assis de Almeida, *A Sociedade em Conta de Participação*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 85-86.

Na França, as sociedades em conta de participação podem ser constituídas para a exploração de atividade empresária ou civil, obviamente em decorrência da atividade explorada pelo sócio ostensivo. Exemplifi-

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
		Art. 436. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito.

Justificativa

Inexiste no Projeto de Lei qualquer previsão sobre a forma de constituição e meios de prova da

conta de participação. Assim, sugere-se a inclusão do art. 436, à semelhança do art. 992 do CC em vigor.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 439. Eventual registro do instrumento do contrato de conta de participação não constitui sujeito de direito autônomo dotado de personalidade jurídica própria.	Art. 439. Eventual registro de instrumento do contrato de conta de participação não constitui sujeito de direito autônomo dotado de personalidade jurídica própria.	Art. 437. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Justificativa

O dispositivo, a princípio, é completamente dispensável. Todavia, esquece de deixar expresso que a SCP somente produz efeitos entre os sócios.

Com efeito, sabe-se desde o Medievo que a SCP é uma sociedade *ad intra*, ou, como diz Carlos Gomes de Oliveira¹⁸, uma sociedade *intramuros*, sem relações jurídicas com terceiros, para os quais é, na verdade, *ineficaz* (arts. 991 e 993 do CC em vigor)¹⁹ – e daí, justamente, advém a essência da

SCP, e todo o seu regramento está baseado nisso, inclusive o Projeto de Lei ora comentado.

Por isso, é equivocado dizer que a sociedade só existe e vale somente entre os sócios. Na realidade, ela *existe e vale perante todos*, porém produz efeitos única e exclusivamente entre os sócios, daí por que Malagarriga salienta ser o contrato social *res inter alios acta*.²⁰ A sociedade, em sua essência, existe como uma *relação obrigacional* entre os sócios. É, portanto, como destaca Erasmo Valladão, uma *sociedade interna*, sociedade *meramente interna*,²¹ podendo os sócios contratualmente organizá-la da forma que melhor lhes aprouver.²²

Pelos motivos expostos, é feita a sugestão de alteração, à semelhança do art. 993, *caput*, do CC em vigor.

cativamente: Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, cit., p. 516; Philippe Merle, *Droit Commercial: Sociétés Commerciales*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1998, p. 654.

Idem na Itália: Alfredo De Gregorio, “De las sociedades y las asociaciones comerciales”, in Bolaffio, Rocco e Vivante, *Derecho Comercial*, t. 7, vol. II, trad. de Rodolfo O. Fontanarrosa, Buenos Aires, Ediar, 1951, p. 422.

Também em Portugal: Raul Ventura, “Associação em participação: Anteprojeto e notas justificativas”, cit., *BMJ* 189/66.

18. Carlos Gomes de Oliveira, *Sociedades Irregulares*, São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1924, pp. 137-138.

19. Carlos Guimarães de Almeida, “A virtuosidade da sociedade em conta de participação”, cit., *RDM* 8/48; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado*

de Direito Privado, cit., 3ª ed., t. 49, pp. 319-320, 340 e 344; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 2ª ed., atualizada por Achilles Beviláqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 4, Livro 2, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934, p. 231.

20. Carlos C. Malagarriga, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, vol. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, p. 326.

21. Erasmo Valladão A. e N. França, *Ensaio sobre a Sociedade em Comum*, tese (Livre-Docência em Direito), São Paulo, USP, 2011, p. 62.

22. Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, cit., 22ª ed., p. 20; Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, cit., 7ª ed., p. 160.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 440. O sócio oculto ou participante tem o direito de fiscalizar a administração, pelo sócio ostensivo, do investimento conjunto.		Art. 438. O sócio oculto ou participante tem o direito de fiscalizar a administração, pelo sócio ostensivo, do investimento conjunto.

Justificativa

Seria um dispositivo absolutamente dispensável caso fosse reconhecida a natureza societária da conta de participação, como se sugere. Além disso, trata-se de uma confissão velada acerca da natureza societária da SCP, pois nos Países onde prevalece a natureza contratual da conta de participação o direito de fiscalização é limitado; por outro lado, nos Países onde se reconhece a natureza societária da conta de participação este direito é bastante amplo.

É inerente à condição de sócio em qualquer tipo de sociedade o direito à informação, e, por meio deste, o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais. Como observa Mauro Brandão Lopes, esse é um direito essencial do sócio, e não há qualquer razão para pretender que tal regra não se aplique à conta de participação.²³

Na realidade, a fiscalização, como direito essencial, nasce com o surgimento de tipos societários nos quais nem todos os sócios participam da gestão do empreendimento, pois a estes é essencial ter um mecanismo de controle sobre a forma como era gerido o seu investimento. Como na SCP há uma categoria de sócio excluída, em regra, da administração, cabe àquela o direito de fiscalizar a gestão do sócio ostensivo. Com efeito, talvez seja a fiscalização uma das poucas formas de o sócio participante controlar a atividade do ostensivo. É direito inalienável, necessário para a correta e adequada verificação, inclusive, da participação nos lucros do sócio participante.²⁴

Nesse sentido, e para evitar maiores confusões ou interpretações equivocadas, sugere-se manter o dispositivo do Projeto de Lei.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 441. Responderá como se ostensivo fosse o sócio oculto ou participante que tomar parte na administração do investimento conjunto.	Art. 441. Responderá como se ostensivo fosse o sócio oculto ou participante que tomar parte na administração do investimento conjunto.	Art. 439. O sócio oculto ou participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier. Pode o sócio oculto ou participante, todavia, participar de deliberações internas, realizar administração interna e agir como mandatário ou preposto do sócio ostensivo.

Justificativa

Falta precisão ao dispositivo, pois é reconhecida a possibilidade de o participante administrar internamente o negócio conjunto²⁵ e até externamente na condição de *preposto* ou *mandatário*

23. Mauro Brandão Lopes, *A Sociedade em Conta de Participação*, cit., p. 97.

24. Bárbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, cit., 7ª ed., p. 168.

do ostensivo, por exemplo.²⁶ Lembra Vivante que pode acontecer de o participante assumir a administração parcial ou total do negócio comum, fazendo-o a título de aporte de trabalho para a conta

25. Jean Escarra, *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial – Les Sociétés Commerciales*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1950, p. 557.

26. Com efeito, fazer do participante mandatário do ostensivo para os negócios de interesse comum não desnatura a conta de participação. Assim decidiu a *Corte*

de participação.²⁷ Salieta Ripert que ainda assim a sociedade conserva sua característica oculta mesmo que um participante atue como mandatário do ostensivo sem revelar a sua qualidade de sócio.²⁸

Ora, o participante apenas não pode ser garante das operações,²⁹ tomando parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, como dispõe o

art. 993, parágrafo único, do CC vigente. E, quando isso ocorre, ele responde solidariamente com o sócio ostensivo – e não somente como se sócio ostensivo fosse, como consta do Projeto de Lei, o que poderia gerar sérias dúvidas interpretativas.

Nesse sentido, sugere-se a alteração do dispositivo, nos termos como proposto.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
		Art. 440. A contribuição do sócio oculto ou participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais. Parágrafo único. A especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios.

Justificativa

O Projeto de Lei é simplesmente omissivo quanto ao fundo social da SCP. Assim, para que

se evitem maiores dúvidas, sugere-se a inclusão de um dispositivo à semelhança do previsto no art. 994, *caput* e § 1º, do CC em vigor.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
Art. 442. Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio na conta de participação sem o consentimento expresso dos ocultos ou participantes.		Art. 441. Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio na conta de participação sem o consentimento expresso dos ocultos ou participantes.

Justificativa

Este dispositivo dispensa comentários, uma vez está de acordo com a essência da SCP. Assim, opta-se pela sua manutenção.

di Cassazione em elucidativo julgado de 1963 (*Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* LXII/110-116, Parte II, 1964).

27. Cesare Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, 5ª ed., vol. II (“Le Società Commerciali”), Milão, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1935, p. 538.

28. Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, cit., p. 514. Em sentido semelhante: Alfredo De Gregorio, “De las sociedades y las asociaciones comerciales”, cit., in Bolaffio, Rocco e Vivante, *Derecho Comercial*, t. 7, vol. II, p. 423.

29. Luís da Cunha Gonçalves, *Da Conta em Participação*, cit., 2ª ed., 1923, pp. 107-108; Raul Ventura, “Associação em participação: Anteprojeto e notas justificativas”, cit., *BMJ* 189/48-49; Paulo Cavalcanti Salgado, *Das Sociedades em Participação no Direito Commercial Brasileiro*, Recife, Imprensa Industrial, 1913, p. 94; Arnoldo Wald, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. 14, Livro 2 (“Do Direito de Empresa”), Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 105-106; e Gustavo Oliva Galizzi, *Sociedade em Conta de Participação*, cit., pp. 118-119.

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
<p>Art. 443. Falindo o sócio ostensivo, as obrigações, direitos e bens em seu nome relativos à conta de participação, incluindo créditos perante os sócios ocultos ou participantes, constituirão patrimônio separado.</p> <p>§ 1º. O sócio ou sócios ocultos ou participantes decidirão pela: I – continuidade do investimento conjunto, escolhendo administrador para o patrimônio separado da conta de participação e provendo os recursos necessários a este fim; ou II – liquidação do patrimônio separado.</p> <p>§ 2º. Na hipótese de continuidade do investimento conjunto, os sócios ocultos ou participantes pagarão à massa falida do sócio ostensivo a parte que, de acordo com o contrato, caberia a este nos resultados, deduzidos os valores dos ajustes decorrentes dos novos aportes que fizeram.</p> <p>§ 3º. Liquidada a conta de participação, entrará para a massa falida o saldo, se houver, correspondente aos direitos do sócio ostensivo, de acordo com o contrato.</p>	<p>Art. 443. Falindo o sócio ostensivo, as obrigações, direitos e bens em seu nome relativos à conta de participação, incluindo créditos perante os sócios ocultos ou participantes, constituirão patrimônio separado.</p> <p>§ 1º. O sócio ou sócios ocultos ou participantes decidirão pela: I – continuidade do investimento conjunto, escolhendo administrador para o patrimônio separado da conta de participação e provendo os recursos necessários a este fim; ou II – liquidação do patrimônio separado.</p> <p>§ 2º. Na hipótese de continuidade do investimento conjunto, os sócios ocultos ou participantes pagarão à massa falida do sócio ostensivo a parte que, de acordo com o contrato, caberia a este nos resultados, deduzidos os valores dos ajustes decorrentes dos novos aportes que fizeram.</p> <p>§ 3º. Liquidada a conta de participação, entrará para a massa falida o saldo, se houver, correspondente aos direitos do sócio ostensivo, de acordo com o contrato.</p>	<p>Art. 442. A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário. Falindo o sócio oculto ou participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.</p> <p>Parágrafo único. A regra prevista no <i>caput</i> deste dispositivo também se aplica em caso de insolvência civil do sócio ostensivo e do sócio oculto ou participante.</p>

Justificativa

O presente dispositivo, com o objetivo de inovar, traz verdadeira aberração no regime da conta de participação. Em primeiro lugar, omite-se em regular os efeitos da falência ou insolvência civil do sócio oculto ou participante, remetendo, então, para a Lei de Falências – o que, por si só, pode gerar imensas dificuldades e controvérsias.

Em segundo lugar, trata apenas da falência do sócio ostensivo, e não de sua insolvência civil.

E, em terceiro lugar, apesar de aparentar ser interessante e extremamente atraente a hipótese de se criar um patrimônio separado em caso de falência do sócio ostensivo, tem-se que, aqui, resta completamente desnaturada a essência da SCP, ainda que seja ela considerada como um contrato.

Isso porque o sócio participante é um investidor, um parceiro, um verdadeiro sócio do ostensivo, ou seja: não é credor! Ele não empresta recursos para o sócio ostensivo. Neste sentido, ele também aplica recursos a risco, e, então, também deve suportar os ônus da atividade negocial. Logo,

não há razão para um tratamento diferenciado, em prejuízo dos credores do sócio ostensivo – sejam eles originários da atividade explorada em decorrência da SCP ou não.

E, nessa toada, não há razão para realizar qualquer distinção, em caso de falência do sócio ostensivo, entre os credores e devedores decorrentes da atividade explorada tendo em vista a SCP em relação aos outros credores e devedores do ostensivo. E isso por uma questão muito simples, e que o próprio Projeto de Lei reconhece: a conta de participação é ineficaz perante terceiros!

Neste sentido, quando qualquer credor executar seu crédito perante o sócio ostensivo, todo o patrimônio do ostensivo responde pelos seus débitos, pouco importando quais são seus bens – e tanto isso é verdade que o próprio Projeto de Lei, no art. 437, diz que o ostensivo responde ilimitadamente perante terceiros, isto é, com todo o seu patrimônio.

Da mesma forma, se o sócio ostensivo utiliza recursos provenientes da SCP em outras atividades que não as previstas no contrato, res-

ponsabiliza-se única e exclusivamente perante o sócio participante, não se podendo opor qualquer restrição a terceiros.

Portanto, propõe-se manter regulação semelhante à prevista no Código Civil em vigor (art. 994, §§ 2º e 3º).

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
		<p>Art. 443. Dissolvendo-se, a liquidação da sociedade em conta de participação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.</p> <p>Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.</p>

Justificativa

O Projeto de Lei é completamente omissivo no que tange à dissolução e à liquidação da conta

de participação. Assim, sugere-se a adoção de dispositivo semelhante ao existente no Código Civil em vigor (art. 996).

Redação do Projeto	Alterações Sugeridas	Redação Sugerida
<p>Art. 444. Aplicam-se às relações entre os contratantes da conta de participação, no que couberem, as normas da sociedade limitada.</p>		<p>Art. 444. Aplicam-se às relações entre os contratantes da conta de participação, no que couberem, as normas da sociedade limitada.</p>

Justificativa

Como já dito, o presente dispositivo consiste em uma confissão de que a natureza da conta de participação é, sim, societária. Ato falho do projetista, que revela o óbvio: na realidade econômica, a SCP recebe tratamento de verdadeira sociedade. Assim, as partes da conta de participação, com sua intuição profana, sentem-se sócios e assim se denominam, qualificando também desta forma seus pares.³⁰

Pois bem. Diante do fato de que o regime da conta de participação é omissivo em diversos aspectos e não há como ser regrado em sua exaustão, necessária é a remissão supletiva ao regime jurídico de outra espécie societária. E, no caso, a opção do legislador foi remeter ao regime da

sociedade limitada – com o quê não temos nada a opor. Assim, sugere-se manter a redação do Projeto de Lei.

Portanto, parece-nos que melhor é manter o regulamento da conta de participação do modo mais próximo aos termos como hoje se encontra no Código Civil em vigor – regulação, esta, muito mais consentânea com a história da SCP no Brasil e com a realidade econômica brasileira. Alterar o regime jurídico de um instituto utilizado de modo tão proeminente em nosso País, ainda mais da forma como proposto, é extremamente temerário e desaconselhável.

É o nosso parecer, s.m.j.

Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Guimarães de. “A virtuosidade da sociedade em conta de participação”. *RDM* 8/45-63. Ano 11. São Paulo, 1972.

30. Felipe Solá de Cañizares, *El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 22 e 117.

- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A Sociedade em Conta de Participação*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- BOLAFFIO, ROCCO e VIVANTE. *Derecho Comercial*. t. 7, vol. II, trad. de Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires, Ediar, 1951.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das Companhias*. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 2ª ed., atualizada por Achilles Beviláqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 4, Livro 2. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada: nova et vera”. *RDM* 36/65-76. Ano 28. São Paulo, outubro-dezembro/1979.
- _____, e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.
- CUNHA GONÇALVES, Luís da. *Da Conta em Participação*. 2ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1923.
- DE GREGORIO, Alfredo. “De las sociedades y las asociaciones comerciales”. In: BOLAFFIO, ROCCO e VIVANTE. *Derecho Comercial*. t. 7, vol. II, trad. de Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires, Ediar, 1951.
- ESCARRA, Jean. *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial – Les Sociétés Commerciales*. t. 1. Paris, Recueil Sirey, 1950.
- FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Ensaio sobre a Sociedade em Comum*. Tese (Livre-Docência em Direito). São Paulo, USP, 2011.
- GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em Conta de Participação*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2008.
- GRUNEWALD, Barbara. *Gesellschaftsrecht*. 7ª ed. Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- LAMY FILHO, Alfredo, e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- LOPES, Mauro Brandão. *A Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- MALAGARRIGA, Carlos C. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*. vol. I. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- MERLE, Philippe. *Droit Commercial: Sociétés Commerciales*. 6ª ed. Paris, Dalloz, 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Gomes de. *Sociedades Irregulares*. São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1924.
- ORESTANO, Ricardo. *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*. Turim, G. Giappichelli, 1968.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., t. 49. São Paulo, Ed. RT, 1984.
- RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Paris, R. Pichon e R. Durand -Auzias, 1972.
- ROCCO, BOLAFFIO e VIVANTE. *Derecho Comercial*. t. 7, vol. II, trad. de Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires, Ediar, 1951.
- SALGADO, Paulo Cavalcanti. *Das Sociedades em Participação no Direito Commercial Brasileiro*. Recife, Imprensa Industrial, 1913.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, e COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe. *El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado*. Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. 14, Livro 2 (“Do Direito de Empresa”). Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- VENTURA, Raul. “Associação em participação: Anteprojeto e notas justificativas”. *BMJ* 189. 1969.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5ª ed., vol. II (“Le Società Commerciale”). Milão, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1935.
- VIVANTE, BOLAFFIO e ROCCO. *Derecho Comercial*. t. 7, vol. II, trad. de Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires, Ediar, 1951.

WALD, Arnaldo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. 14, Livro 2 (“Do Direito de Empresa”). Rio de Janeiro, Forense, 2005.

WARDE JR., Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos Sócios: a Crise da Limitação e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

WINDBICHLER, Christine. *Gesellschaftsrecht*. 22ª ed. Munique, C. H. Beck, 2009.