

# SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: ESTRATÉGIA E INOVAÇÃO

Frederico de Andrade Gabrich<sup>1</sup>  
Lorena Arantes Simões<sup>2</sup>

## Resumo

O Direito Empresarial vive da empresa. No mundo atual a empresa apenas sobrevive e se desenvolve plenamente quando há inovação. Na empresa a inovação não representa apenas o desenvolvimento de um novo produto, de uma nova embalagem ou de um novo serviço. Trata-se também de um exercício contínuo de criação e de recriação das estruturas administrativas, financeiras, comerciais e também jurídicas, que sustentam o negócio. Especialmente no âmbito do direito empresarial societário, cabe ao jurista criar estratégias jurídicas lícitas capazes de permitir a realização eficaz e plena dos objetivos empresariais, com o menor custo possível (de tempo, de desgaste psicológico e de dinheiro). Isso exige a superação do modelo mental dominante no meio jurídico e uma postura inovadora que somente será possível com a utilização plena de alguns pressupostos de interpretação e de aplicação das normas jurídicas. A inovação pode ocorrer por meio do uso estratégico e inovador da sociedade em conta de participação, que pode representar importante elemento de superação da contradição empresarial existente especialmente na situação em que uma pessoa não pode ou não quer ser empregada ou sócia de outra, mas precisa receber o produto de seu trabalho da maneira mais segura e econômica possível, ficando livre para assumir novos vínculos negociais e profissionais, independentemente de autorização de outros sócios ou da formalização de uma alteração de contrato social. Isso pode ser efetivado por meio de uma sociedade em conta de participação instituída por meio de um estatuto social e classificada como sociedade de capitais.

Palavras-chave: Direito Comercial. Direito Empresarial. Sociedade em Conta de Participação. Análise Estratégica do Direito. Inovação.

## 1. INTRODUÇÃO

É cada vez mais frequente e necessária a inovação na empresa, independentemente de sua localização física ou dos regimes jurídicos aos quais ela está submetida no exercício de sua atividade. Não se trata de uma realidade brasileira ou euroamericana, mas mundial.

Inovar significa fazer o novo, fazer diferente, proporcionar novas experiências e/ou oferecer novos produtos e serviços a mercados cada vez mais ávidos por novidades. Na sociedade em que infelizmente prevalecem a lógica do “ter” e a uniformização consumista de ideais pré-fabricados, ser diferente, mesmo que de forma fugaz, para muitas pessoas ainda parece ser possível apenas por meio do consumo do que é novo e enquanto o é.

---

1 Professor Adjunto de Direito Empresarial Societário da Universidade FUMEC (Belo Horizonte - MG) e diretor da Análise Estratégica ([www.analiseestrategica.com.br](http://www.analiseestrategica.com.br)). Designer de ideias, com experiência na área do Direito. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Comercial/Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

2 Cursa o 5º período de Direito na Universidade Fumec.

Todavia, especialmente na empresa, a inovação não representa apenas o desenvolvimento de um novo produto, de uma nova embalagem ou de um novo serviço. Trata-se também de um exercício contínuo de criação e de recriação dos velhos paradigmas da vida negocial, bem como da determinação sistemática de novas perspectivas de estruturação dos objetivos das pessoas e da própria empresa. Daí a necessidade da visão de futuro, da atividade propositiva (e não apenas reativa), da análise de cenários, das projeções financeiras, do planejamento e da gestão estratégica empresarial, voltadas para a imposição pragmática e feroz da inovação, antes que seja tarde demais.

Na esfera jurídica, contraditoriamente, prevalece ainda o apego muitas vezes incondicional ao passado e a ideia restritiva da inovação. Daí o motivo pelo qual, para o jurista, quase sempre, como regra (que admite poucas exceções), a inovação não habita a lógica de seus raciocínios apriorísticos e o “sim”, elemento fundamental da proposição criativa, quase sempre é apenas um descuido do “não”.

No Direito Empresarial, em particular, o exercício da atividade profissional pressupõe vinculação total com os objetivos da empresa e do empresário, para determinação de uma atitude que permita a superação lícita das contradições da vida empresarial. Em virtude do número exagerado de regras e de leis que engessam a atuação da empresa no Brasil, a superação criativa e inovadora de contradições por meio de uma utilização estratégica e propositiva do Direito não é tarefa fácil.

É absolutamente necessário discutir e propor, sempre que possível, o aperfeiçoamento da cultura jurídica, em todos os seus quadrantes. E o Direito Empresarial societário é campo fértil para tais proposições, pois tem como substrato a empresa e sua necessidade constante de renovação e de inovação.

Nesse contexto, o uso estratégico e inovador da sociedade em conta de participação pode representar importante elemento de superação da contradição empresarial existente, especialmente na situação em que uma pessoa não pode ou não quer ser empregada ou sócia (o que acontece, por exemplo, frequentemente, em clínicas médicas e odontológicas, bem como na execução de projetos em que diversos profissionais liberais trabalham em conjunto e sob a coordenação de outro), mas precisa receber o produto de seu trabalho da maneira mais segura e econômica possível, ficando livre para assumir novos vínculos negociais, profissionais e societários, independentemente de autorização de outros sócios ou da formalização de uma alteração de contrato social.

## 2. ANÁLISE ESTRATÉGICA E OS MECANISMOS DE INOVAÇÃO NO DIREITO

Tradicionalmente, o Direito é reconhecido como uma ciência normativa, voltada fundamentalmente para a solução de conflitos decorrentes de casos ocorridos no passado.

Especialmente no Brasil, a cultura jurídica é marcada excessivamente pelo pressuposto do conflito e pelo paradigma absoluto da lei. Por isso, os profissionais do Direito normalmente assumem uma posição negativista e restritiva em relação à inovação da estruturação da vida social. Na visão obtusa da maioria dos operadores do Direito (com as honrosas exceções de sempre), a inovação, em uma primeira análise, quase sempre parece significar “máscara” da ilegalidade, e qualquer mudança somente é possível caso esteja expressamente prevista no texto exposto da lei, o que, em tese, evita a assunção de qualquer risco por parte do intérprete e do profissional do Direito.

Ocorre que a cultura jurídica tradicional precisa avançar para atender aos anseios da sociedade contemporânea, e isso pressupõe reconhecer a necessidade de inovação também no Direito, e especialmente no âmbito do Direito Empresarial, que precisa dar sustentação aos anseios da empresa.

Essa possibilidade de aperfeiçoamento cultural e de inovação pode ser estabelecida pelo reconhecimento de alguns mecanismos (esquecidos) de interpretação jurídica, absolutamente necessários para a transformação do modelo mental cultural dominante.

Dessa maneira, para que exista inovação no Direito, faz-se, então, necessária a observância dos seguintes instrumentos de balizamento psicológico dos operadores do Direito e de interpretação dos textos das normas:

- 1) **mudança do modelo mental dominante:** implica a modificação do modo de pensar, de ensinar e de vivenciar o Direito. E isso tem aplicação, inclusive, na forma de redigir teses, artigos e monografias jurídicas, que não precisam necessariamente partir da citação de um emaranhado de fragmentos (des) conexos dos escritos do passado, para que se chegue às conclusões do presente e do futuro. Muito mais importante do que simplesmente conhecer o passado (e demonstrar cabalmente tal “conhecimento”) é o desenvolvimento de um raciocínio crítico, provocativo, inovador e estruturador do sucesso das relações interpessoais do presente e do futuro. Este deve ser o principal modelo mental e cultural do operador contemporâneo do Direito;
- 2) **análise estratégica do Direito:** por meio dessa tese, o Direito deve ser compreendido como instrumento de estruturação dos objetivos das pessoas

(naturais e jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado), para que estes sejam alcançados com o máximo possível de aproveitamento (de tempo, de conforto psicológico e até de dinheiro), de maneira a determinar o máximo de felicidade possível às pessoas. Para a imposição da análise estratégica do Direito, faz-se também necessário desenvolver a metodologia de análise jurídica baseada nos objetivos propostos pelas pessoas, e não mais nos casos – sobretudo conflituosos – do passado. Isso implica reconhecer o Direito como um conjunto de alternativas – jurídicas – para a estruturação dos objetivos das pessoas, fundamentalmente sem conflito e sem processo judicial, especialmente por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem. Nessa dimensão, o Direito não mais pode ser encarado apenas como um conjunto de normas legais postas no ordenamento jurídico para permitir a “solução” de conflitos, fundamentalmente por meio de processos judiciais, com a obrigatória participação do Estado, por meio do Poder Judiciário;

- 3) **autonomia privada: o que não é proibido é permitido (no direito privado):** a inovação pressupõe uma boa dose de liberdade, sem a qual o processo criativo e revelador de novas ideias fica irremediavelmente tolhido. Para inovar no Direito e, especialmente no Direito Privado (Direito Civil e Direito Comercial/Empresarial), é absolutamente fundamental reconhecer a autonomia da vontade privada das pessoas (naturais e/ou jurídicas), necessária para a autodeterminação de suas vidas, sobretudo por meio da liberdade de contratar;
- 4) **o Direito varia no tempo e no espaço:** para inovar no Direito, é fundamental reconhecer que as normas jurídicas são determinadas pela vontade geral, por intermédio da escolha dos valores que mereçam ser juridicamente protegidos pelo ordenamento, em um determinado tempo e local. Todavia, a vontade geral, que normalmente corresponde à vontade da maioria (de um povo, em uma nação, ou dos contratantes, em um contrato, por exemplo), pode livremente variar no tempo e no espaço.<sup>3 4</sup> Assim, o que mereceu proteção jurídica pela vontade da maioria

---

3 Segundo Jean-Jacques Rousseau, em seu clássico O Contrato Social: princípios do direito político (São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 129), há uma diferença fundamental entre o pacto social, que exige uma deliberação unânime e permite e justifica a existência do Estado, e a ‘vontade geral’, que é estabelecida pela maioria das pessoas (não é necessária a unanimidade) e dita as leis (e também os valores) que regulam a vida do povo que forma o Estado.

4 Em tese, segundo o modelo teórico ideal traçado por Rousseau, a ‘vontade geral’ deveria ser estabelecida pela vontade da maioria das pessoas de um povo. Na prática, contudo, mesmo em um ambiente de normalidade democrática e capitalista, o que se observa é que a vontade geral não é a vontade da maioria das pessoas, mas sim a vontade daqueles que detêm o poder, mais especificamente o poder econômico privado. Esse poder

das pessoas no passado, pode não mais merecer proteção no presente ou no futuro, sobretudo em virtude da evolução sócio, econômica e, principalmente, cultural. Essa evolução do Direito está, então, diretamente vinculada à evolução humana, que também varia no tempo e no espaço. Por isso, em relação a muitos temas, o que é vedado e ilícito em um local não é em outro, bem como o que é proibido hoje pode não ser amanhã;

- 5) **a multiplicidade de fontes do Direito:** em um ambiente fortemente marcado pelo excesso de normas, especialmente de origem legal, a inovação no Direito pressupõe, também, o reconhecimento da multiplicidade das fontes, bem como que a hierarquia entre essas diversas fontes pode variar no tempo e no espaço, a partir da análise das circunstâncias fáticas de cada caso (a análise do caso concreto). De fato, fonte do Direito é apenas o modo pelo qual as normas jurídicas são estabelecidas validamente no ordenamento jurídico normativo. Na realidade, na maioria dos ordenamentos jurídicos, a lei é apenas uma das diversas fontes do Direito. Todavia, no sistema jurídico brasileiro a lei é a fonte primária e principal do Direito, mas não é a única, pois as normas jurídicas também são estabelecidas pelos costumes, pela jurisprudência, pelos atos administrativos, pelos contratos, pela doutrina.
- 6) **o caráter normativo dos princípios:** apesar de a Constituição da República adotar em todo o seu texto uma base principiológica para os diversos assuntos que disciplina, com destaque, dentre outros, para os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), para a organização da Administração Pública (art. 37) e para a regulação da ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192), há uma inegável insuficiência na utilização da força normativa dos princípios quer nos ambientes acadêmicos e empresariais, quer no âmbito do Poder Judiciário. Por isso se faz necessário, sempre que possível, estabelecer uma interpretação jurídica que assegure aos princípios não apenas uma função programática (como ocorria,

---

econômico privado é capaz de financiar campanhas publicitárias, políticas e, sobretudo, ideológicas, de maneira sub-reptícia, mas muito eficiente e eficaz na determinação da “vontade” da maioria das pessoas de um determinado povo. Nesse sentido, as normas jurídicas estabelecidas para controlar o exercício abusivo do poder privado econômico, tal como a Lei nº 8.884/94, são capazes, em tese, de conter a formação de preços, a dominação de mercados e a eliminação da concorrência, mas mostram-se inermes frente à capacidade de formar opinião e decidir o rumo da vida da maioria das pessoas, mediante a imposição da ideologia daqueles que detêm esse poder econômico privado. Além disso, segundo Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 87), não existe critério científico para a determinação exata da vontade da maioria da população a respeito de determinada regra social de conduta, ou de uma norma (moral ou jurídica). Por isso, não há como dizer que a definição dos valores (e das normas jurídicas) sempre é estabelecida pela vontade livre da maioria das pessoas.

sobretudo, antes da promulgação da Constituição de 1988), mas uma função normativa, determinadora do *dever-ser* necessário à solução e à prevenção de conflitos, de modo a permitir a eficaz estruturação de objetivos (das pessoas e das organizações empresariais), a paz social e a felicidade do maior número de pessoas possível;

- 7) **o texto da norma não é a norma jurídica:** a norma jurídica decorre de interpretação do texto da norma, estabelecido no ordenamento por meio de diversas fontes (leis, contratos, jurisprudência etc.). Dessa maneira, quem atribui significado normativo ao texto da norma (signo) é o jurista (significante), e nem sempre o significado filológico ou gramatical do texto da norma corresponde ao significado jurídico-normativo;
- 8) **o princípio da normatividade:** a análise convencional do Direito é marcada fortemente por uma visão legalista e judicial. De acordo com essa análise tradicional, em virtude do princípio da legalidade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). O princípio que antes era da legalidade passa a ser compreendido como princípio da normatividade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de norma jurídica existente (declarada por uma fonte do Direito), válida (não revogada ou derogada por outra norma existente no ordenamento) e eficaz (que produz, de fato, efeitos normativos na vida das pessoas);
- 9) **o abuso do direito:** exercer licitamente um direito não significa, necessariamente, cumprir o texto da norma (ou da lei). Muitas vezes, o exercício do direito em estreita correspondência ao significado gramatical do texto da norma pode implicar ilicitude. Isso acontece quando o intérprete, ao exercer um direito que lhe é reconhecido expressamente pelo texto da norma, desvirtua totalmente a finalidade econômica e social que justifica a existência da própria norma. No Brasil, apesar de o Código Civil não estabelecer uma fórmula conceitual genérica do ato abusivo, em seu artigo 187 prevê, especificamente, o seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata-se de dispositivo que, embora defina indiretamente o abuso do direito, estabelece a ilicitude e, portanto, a invalidade do mesmo. A determinação da eficaz imposição da finalidade econômica e social da norma, no momento de

sua aplicação, pode permitir, no caso concreto, a superação total da interpretação meramente gramatical do texto da norma, para permitir o aperfeiçoamento da cultura jurídica tradicional e a inovação mediante a imposição eficaz das finalidades econômicas e sociais que justificaram a sua criação e justificam a sua licitude;

- 10) **a interpretação sistemática e teleológica:** de acordo com o método sistemático, a interpretação de um texto determinado por uma fonte específica do Direito deve ser realizada com a devida consideração de todos os textos ou preceitos (expressos ou implícitos) e de todas as fontes. Por outro lado, a interpretação teleológica implica reconhecer que o importante é a identificação da finalidade econômica e social que justifica teoricamente a norma, para permitir sua implementação eficaz, depois de analisadas as circunstâncias envolvidas com o caso. A conclusão a que se chega por meio da utilização do método teleológico é que o Direito (inclusive o positivado) não é constante, absoluto, eterno e único, mas constitui elemento móvel capaz de dar sustentação plena às mudanças inerentes ao processo de inovação social, com consequências diretas no processo de aperfeiçoamento e evolução da cultura jurídica;
- 11) **normas dispositivas x normas impositivas:** vale observar que existem normas jurídicas dispositivas, em relação às quais o ordenamento não estabelece nem linguagem impositiva direta, tampouco sanção pelo descumprimento. Por isso, em relação às normas dispositivas, os intérpretes podem dispor livremente em sentido contrário, amparados pela liberdade de contratar e pela autonomia da vontade.

### **3. CLASSIFICAÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO**

O Código Civil prevê e/ou regula em detalhes nove tipos jurídicos de sociedades: sociedade em comum (artigos 986/990); sociedade em conta de participação (artigos 991/996); sociedade simples (artigos 997/1.038); sociedade em nome coletivo (artigos 1.039/1.044); sociedade em comandita simples (artigos 1.045/1.051); sociedade limitada (artigos 1.052/1.087); sociedade em comandita por ações (artigos 1.090/1.092, além dos dispositivos da Lei nº 6.404/76); sociedade cooperativa (artigos 1.093/1.096, além dos dispositivos da Lei nº 5.764/71); sociedade anônima (artigos 1.088 e 1.089, além dos dispositivos da Lei nº 6.404/76).

De todas as sociedades reguladas no atual Código Civil, sete são tipos jurídicos que normalmente dão forma às sociedades empresárias; e duas, às sociedades de natureza simples

(não empresárias, tais como as sociedades simples e as sociedades cooperativas). Cada um dos tipos jurídicos societários possui uma série de características específicas, que, dependendo dos interesses a serem protegidos no caso concreto, podem ser úteis ou não ao desenvolvimento das estratégias empresariais.

Diante de tamanha diversidade de tipos jurídicos, torna-se absolutamente necessária a adoção de determinadas formas de classificação e de agrupamento das sociedades – a partir da consideração de suas principais características teóricas e práticas – para a facilitação da escolha do melhor modelo jurídico aplicável aos casos da prática e, também, para a perfeita compreensão e definição da melhor interpretação das normas jurídicas que lhes são aplicáveis.

Assim, a classificação das sociedades é importante no **plano didático**, para que o estudante possa compreender a verdadeira dimensão do tipo societário; bem como no **plano científico**, para a perfeita determinação da norma jurídica aplicável ao caso concreto; mas também no **plano pragmático**, pois as pessoas precisam escolher que tipo jurídico deve ser adotado para a composição de seus interesses, para a estruturação jurídica de seus objetivos e para a solução e/ou prevenção dos conflitos inerentes à atuação empresarial.

Apesar de serem possíveis várias formas de classificação, algumas delas são teóricas e não decorrem de nenhum comando normativo específico. É o que acontece, por exemplo, na classificação que considera a importância (ou não) das pessoas dos sócios para a vida da sociedade, bem como aquela que considera o caráter contratual ou institucional da sociedade. Por isso, em relação a essas formas de classificação, um mesmo tipo jurídico pode ser classificado como sociedade de pessoas ou de capitais, contratual ou institucional, dependendo da análise de um conjunto de características identificáveis no caso concreto (na sociedade que se pretende classificar).

Nesse sentido, na classificação que considera a importância das pessoas dos sócios, é fundamental observar a influência que as pessoas (naturais ou jurídicas) dos sócios exercem na vida social, desde a sua constituição até o momento da dissolução.

De fato, os sócios podem assumir uma posição dominante e ativa na vida social, influenciando direta e pessoalmente os negócios, como, também, podem exercer pequena ou nenhuma influência na constituição, no desenvolvimento e na extinção da sociedade. Daí a dicotomia dessa forma de classificação, que separa e classifica as sociedades como **sociedades de pessoas** ou **sociedades de capitais**, a partir da análise da participação dos sócios na vida da sociedade.

Nesse sistema de classificação, o mais importante é a análise do caso concreto e não somente as características teóricas de determinado tipo jurídico de sociedade (como também é

o caso da sociedade em conta de participação), pois uma mesma forma de sociedade pode levar à classificação de pessoas ou de capitais, dependendo da atuação prática dos sócios naquela determinada sociedade que está submetida à classificação. Alguns autores, de maneira equivocada, classificam alguns tipos de sociedades, de maneira apriorística e sem a análise do caso concreto, como sociedades de pessoas ou sociedades de capitais.<sup>5</sup> Não há, todavia, que se falar, *a priori*, que os tipos jurídicos da sociedade limitada ou da sociedade em conta de participação sejam, em princípio e sem as considerações do caso concreto, sociedades de pessoas ou de capitais. Da mesma maneira, não é necessariamente o tamanho, o número de sócios, de colaboradores, de estabelecimentos e/ou o faturamento da sociedade que determinam sua classificação personalista ou capitalista. Somente o caso concreto pode indicar essas formas de classificação. Por isso, no caso específico da sociedade em conta de participação, esta pode ser classificada tanto como de pessoas, quanto de capitais, como também classificada no caso concreto como contratual ou institucional, dependendo da análise específica das características da sociedade que se pretende classificar.

#### **4. A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – SCP**

Segundo o disposto no artigo 45 do Código Civil, “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”. Além disso, o artigo 985 do Código Civil estabelece que “a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”.

O Direito Societário brasileiro reconhece expressamente, entretanto, a existência, a validade e a eficácia de algumas sociedades empresárias que não têm o registro de seus atos constitutivos e que, por isso, não possuem personalidade jurídica e também são conhecidas como *sociedades despersonificadas*.

---

5 Nesse sentido, por exemplo, segundo Rubens Requião, a sociedade limitada e a sociedade em conta de participação são sociedades de pessoas, enquanto que as sociedades anônimas são sociedades de capitais (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 399- 400). As mesmas conclusões são encontradas em MAMEDE, Gladston. Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. São Paulo: Editora Atlas, 2004. v. 2, p. 49. Entretanto, Fábio Ulhoa sustenta que as sociedades em nome coletivo, comandita simples e limitada podem ser de pessoas ou de capital, de acordo com o previsto no contrato social. Porém, para esse autor, as sociedades anônimas e em comandita por ações são sempre de capitais. Vale ressaltar que o Autor não considera a sociedade em conta de participação como um tipo societário, mas sim como um contrato de investimento comum (COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 25 e 476).

Apesar de não possuírem personalidade jurídica, essas sociedades são reconhecidas pela doutrina como *peças morais*, pois a legislação reconhece a elas direitos e obrigações.

De fato, a previsão legal dessas sociedades sem personalidade jurídica demonstra de maneira inequívoca que nem todas as sociedades despersonalizadas são necessariamente irregulares. Na realidade, as sociedades empresárias (com ou sem personalidade jurídica) passam à situação de irregularidade quando deixam de cumprir obrigação legal comum a todos os empresários,<sup>6 7</sup> tendo ou não personalidade jurídica.

A primeira sociedade sem personalidade jurídica prevista no Código Civil é a sociedade em comum, prevista nos artigos 986 a 990. Basicamente, a principal característica da sociedade em comum é a ausência de personalidade jurídica. Segundo o disposto no artigo 986 do Código Civil, são consideradas sociedades em comum as sociedades constituídas sem o registro dos seus atos constitutivos no órgão competente (Junta Comercial, no caso das sociedades empresárias). Também são sociedades em comum quaisquer outras sociedades (com exceção das sociedades anônimas em organização, que se submetem a um regime jurídico específico), enquanto não inscritos seus atos constitutivos. Por isso, por exemplo, quando dois ou mais sócios celebram contrato social de uma sociedade limitada, enquanto esse contrato não é registrado, a sociedade é considerada uma sociedade em comum e, por isso, submete-se, em primeiro lugar, às normas previstas nos artigos 986 a 990 do Código Civil. Caso essas normas sejam omissas, aplicam-se supletivamente e naquilo em que forem compatíveis as normas previstas no Código Civil para as sociedades simples, independentemente daquilo que prevê o contrato social.

Outro exemplo de sociedade regular e sem personalidade jurídica é a sociedade em conta de participação (SCP), prevista nos artigos 991 a 996 do Código Civil.<sup>8</sup>

De fato, a sociedade em conta de participação é uma sociedade sem personalidade jurídica (despersonalizada), mas absolutamente diferente (*sui generis*) das demais.

A sociedade em conta de participação é uma sociedade constituída entre dois ou mais sócios, sendo pelo menos um deles *sócio ostensivo* e no mínimo outro *sócio participante* (chamado de *sócio oculto* no regime anterior). Por isso, diante da obrigatoriedade da existência de sócios de duas categorias distintas (*sócio ostensivo* e *sócio participante*), é

---

6 MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 179.

7 Segundo Mauro Brandão, a sociedade em conta de participação é despersonalizada, mas regular. (LOPES, Mauro Brandão. A Sociedade em Conta de Participação. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 41.)

8 No antigo regime, anterior ao estabelecido pelo Código Civil em 2002, a sociedade em conta de participação era regulada pelos artigos 325 a 328 do Código Comercial.

impossível a constituição originária da sociedade como uma sociedade unipessoal (sociedade com apenas um sócio).

Além de não ter personalidade jurídica, nem possuir nome empresarial, domicílio ou nacionalidade, a sociedade em conta de participação normalmente é uma sociedade oculta, pois somente os sócios têm conhecimento de sua existência. Por isso, as pessoas que contratam com esse tipo de sociedade normalmente não têm conhecimento desse fato, uma vez que imaginam contratar apenas e individualmente com o sócio ostensivo. Mesmo assim, a sociedade em conta de participação é lícita e pode ser uma sociedade regular, desde que cumpra as obrigações comuns aos empresários,<sup>9</sup> respeitadas as características especiais desse tipo social.

Apesar de ser uma sociedade despersonalizada, a sociedade em conta de participação possui ato constitutivo estabelecido por meio de um contrato ou de estatuto social, que pode ser escrito ou verbal, e até ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos para publicidade relativa e segurança jurídica entre os sócios, sem que isso lhe atribua personalidade jurídica.

Por isso, segundo os artigos 992 e 993 do Código Civil:

[...] a constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito, sendo que 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.

De fato, especialmente em virtude da proposta específica deste artigo, é importante destacar que, como a sociedade em conta de participação pode ser constituída independentemente de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de prova admitidos em Direito,<sup>10</sup> ela pode ser criada por meio de um contrato social, bem como por intermédio de uma ata de reunião ou de assembleia dos sócios, que aprove um estatuto social e nomeie os primeiros sócios ostensivos e participantes, de maneira muito parecida com aquela utilizada na constituição de uma sociedade anônima. Assim, observado o dogma de interpretação do Direito Privado acima descrito, como essa possibilidade de constituição e de orientação da sociedade em conta de participação não é proibida, ela é permitida.

---

9 Basicamente, as obrigações comerciais comuns aos empresários individuais e às sociedades empresárias são aquelas previstas nos artigos 1.179 (escrituração mercantil e demonstrações contábeis), 1.180 (livros comerciais obrigatórios) e 1.194 (arquivo de documentos) do Código Civil.

10 “A sociedade em conta de participação pode existir sem contrato social, pois pode provar-se por qualquer meio admitido em direito, até por correspondência ou só por testemunhas” (STF. RE nº 18.832. Rel. Min. Nelson Hungria. Órgão Julgador T1. Julgado em 06/08/1951.).

Além disso, em virtude do disposto no artigo 993 do Código Civil, discute-se a possibilidade de se estabelecer um registro especial das sociedades em conta de participação, na própria Junta Comercial, sem que tal registro produza o efeito de lhe atribuir personalidade jurídica, como chegou a sugerir João Eunápio Borges no regime anterior ao do Código Civil de 2002.<sup>11</sup>

No antigo regime, o artigo 325 do Código Comercial de 1850 estabelecia a obrigatoriedade de pelo menos um sócio ser comerciante. No regime atual, o Código Civil não estabelece expressamente a necessidade de um dos sócios ser empresário (individual ou sociedade empresária). Por isso, atualmente, a sociedade em conta de participação pode ser livremente constituída entre sócios pessoas naturais ou jurídicas, empresários ou não.

Todavia, na sociedade em conta de participação, o objetivo social é a realização de uma ou mais operações em nome e pelo sócio que assume em cada negócio a posição de sócio ostensivo, sendo todos os resultados revertidos em favor da sociedade em conta de participação, conforme disposto no contrato ou estatuto social celebrado entre o(s) sócio(s) ostensivo(s) e o(s) sócio(s) participante(s).

Por isso o artigo 991 do Código Civil estabelece que:

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.

A interpretação literal do disposto no artigo 991 do Código Civil pode fazer crer que a sociedade em conta de participação somente pode ter um único sócio ostensivo e outro único sócio participante, bem como que essas pessoas não podem mudar de posição em uma mesma sociedade. Não é assim.

De fato, em virtude do princípio de liberdade de contratação, dependendo do disposto no contrato ou no estatuto social, a sociedade pode ter um ou vários sócios ostensivos e outros tantos sócios participantes. Além disso, em uma mesma sociedade, em um dado momento e considerando determinadas categorias de negócios ou situações expostas no contrato ou estatuto da sociedade; o sócio pode assumir a condição de sócio ostensivo e, em outro

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, segundo João Eunápio Borges, em seu célebre Curso de Direito Comercial Terrestre, “Não o registro não lhe é defeso. Está ela dispensada do registro e das demais formalidades de constituição das outras sociedades. Pode, porém, e é de toda conveniência, que, constituída por escrito, seja o respectivo instrumento arquivado no registro de comércio” (BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 328.).

momento, a posição de sócio participante, quando o sócio que era participante pode, inclusive, assumir a função de sócio ostensivo.

E mais, em virtude da omissão do texto da lei a respeito da classificação da sociedade em conta de participação como sociedade de pessoas ou de capitais, como sociedade contratual ou institucional; o contrato ou estatuto social pode prever expressamente que as cotas ou participações sociais podem ser (ou não) livremente cedidas entre os sócios ou a terceiros, de forma gratuita ou onerosa, independentemente (ou não) da anuência dos demais. Além disso, nada impede que a sociedade mantenha em tesouraria, para atribuição gratuita ou alienação a novos sócios participantes, a critério do sócio ostensivo (em muitos casos o sócio controlador), sem a anuência ou a autorização dos demais sócios participantes, o que poderá conferir à sociedade em conta de participação, no caso concreto, a classificação de sociedade de capitais.

Tudo isso é confirmado pelo disposto no artigo 995 do Código Civil, segundo o qual o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento dos sócios participantes, **salvo disposição em contrário**. Isso, indiscutivelmente, comprova a possibilidade da existência de uma sociedade em conta de participação de capitais, desde que prevista no contrato ou no estatuto social a possibilidade de livre cessão da cotas ou partes sociais, independentemente da anuência ou da aprovação dos demais sócios. Somente no caso de o contrato ou estatuto social ser omissivo a respeito da liberdade de cessão das cotas ou partes sociais, pode-se arguir o caráter personalista da sociedade em conta de participação, dependendo também da análise do caso concreto.

Não obstante, de fato, o *sócio ostensivo* é aquele sócio que realiza os atos da vida empresarial com a utilização de seu próprio nome, relacionando-se diretamente com terceiros que o contratam. Dessa maneira, o *sócio ostensivo* assume perante terceiros responsabilidade ilimitada, já que é ele quem assume a obrigação de comprar, vender e/ou prestar serviços, vinculando sua pessoa e todo o seu patrimônio ao cumprimento de tais obrigações. Por isso, o *sócio ostensivo* responde integral e ilimitadamente pelas obrigações assumidas com terceiros em seu próprio nome, sem a divulgação da existência da sociedade em conta de participação e dos sócios participantes (sócios ocultos perante terceiros).<sup>12</sup> Também por todas essas razões, muitas vezes, na prática, o *sócio ostensivo* acaba aparecendo como o sócio controlador, apesar

---

12 “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.” (STJ. REsp. nº 168.028/SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Órgão Julgador T4. Julgado em 07/08/2001. Publicação: DJ 22/10/2001.)

de essa situação não ser fundamental para a existência regular da sociedade em conta de participação.

Já o sócio participante não assume obrigação perante terceiros, nem realiza em seu nome ato jurídico em favor da sociedade em conta de participação. Não obstante, o *sócio participante* pode, enquanto *sócio oculto*, realizar atos da vida empresarial em seu próprio nome e fora do âmbito da sociedade em conta de participação. Isso não é proibido.

Todavia, como o sócio participante não assume obrigação perante terceiros, sua responsabilidade é limitada ao valor ao qual se obrigou no contrato ou estatuto social com o sócio ostensivo.

Apesar de tudo, o *sócio participante* não é um mero prestador de dinheiro ou de bens para a formação da sociedade. É sócio. Tanto que o *sócio participante* tem poderes de deliberar, de participar dos dividendos (nos limites definidos no contrato ou estatuto social) e de fiscalizar a sociedade,<sup>13</sup> sendo-lhe, entretanto, vedado tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder com este pelas obrigações em que intervier (artigo 993, parágrafo único, do Código Civil).

Por não possuir personalidade jurídica, a sociedade em conta de participação não tem nome comercial/empresarial próprio, conseqüentemente, nem firma nem denominação. Todas as obrigações são assumidas com a utilização do nome do *sócio ostensivo*.

Da mesma maneira, a sociedade em conta de participação não possui livros comerciais próprios. Toda a escrituração é lançada nos livros do *sócio ostensivo*, sendo fundamental o lançamento de conta ou rubrica contábil específica da sociedade em conta de participação nas demonstrações contábeis e financeiras do *sócio ostensivo*, para que não haja confusão entre os atos jurídicos economicamente ponderáveis realizados pelo sócio ostensivo em favor da SCP, e aqueles realizados em seu próprio benefício, sem qualquer relação com a sociedade em conta de participação.<sup>14</sup>

---

13 “Sociedade em conta de participação. Pedido de prestação de contas formulado pelo sócio oculto. As contas deverão ser pedidas ao sócio ostensivo, que administra os fundos comuns. Sendo aquele uma pessoa jurídica, esta acha-se obrigada à prestação de contas.” (STJ. REsp. nº 23.502/SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Órgão Julgador T3. Julgado em 13/09/93. Publicado em 27/09/93.)

14 Nesse sentido, de acordo com a Secretaria da Receita Federal – SRF, por meio da Resolução n. 179/87, que regulamenta a apuração dos resultados da SCP: “1. Os resultados das sociedades em conta de participação - SCP, deverão ser apurados, em cada período-base, com observância das disposições do artigo 16 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, e demais normas fiscais aplicáveis às pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, inclusive quanto à correção monetária das demonstrações financeiras. 2. Compete ao sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração dos resultados, apresentação da declaração de rendimentos e recolhimento do imposto devido pela sociedade em conta de participação. 3. A escrituração das operações da SCP poderá, a opção de sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios da referida sociedade. 3.1 - Quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à SCP. 3.2 - Os resultados e o lucro real correspondentes à

Além disso, a sociedade em conta de participação não possui patrimônio autônomo tampouco patrimônio social, mas, em virtude do disposto no artigo 994 do Código Civil, ela tem, a exemplo do que ocorre na sociedade em comum, *patrimônio especial*. Todavia, como terceiros normalmente não têm conhecimento sobre a existência da sociedade, a especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos próprios sócios.

Não obstante, para efeitos de tributação, a legislação do Imposto de Renda equipara a sociedade em conta de participação a uma pessoa jurídica, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei n.º 2303/86,<sup>15</sup> pelo que todas as suas receitas e despesas submetem-se normalmente ao regime legal de tributação das pessoas jurídicas, inclusive com relação aos dividendos distribuídos aos seus sócios.<sup>16</sup> Por isso, a sociedade em conta de participação pode possuir um

---

SCP deverão ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros. 3.3 - Nos documentos relacionados com a atividade da SCP, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com a referida sociedade. 4. Não será exigida a inscrição da SCP no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF. 5. O lucro real da SCP será informado e tributado na mesma declaração de rendimentos do sócio ostensivo. 5.1 - Não será incluído na declaração de rendimentos o prejuízo fiscal apurado pela SCP, o qual poderá ser compensado com os lucros da mesma nos 4 (quatro) períodos-base subseqüentes. 5.2 - Não será permitida a compensação de prejuízos e lucros entre duas ou mais SCP, nem entre estas e o sócio ostensivo. 5.3 - O imposto e a contribuição para o Programa de Integração Social - PIS serão pagos juntamente com o imposto e a contribuição para o PIS devidos pelo sócio ostensivo, através do mesmo DARF. 5.4 - Os demais tributos federais e a contribuição para o FINSOCIAL correspondentes à SCP serão, também, pagos em nome do sócio ostensivo. 5.5 - A opção para aplicação do imposto em investimentos regionais e setoriais incentivados, correspondente à SCP, será efetuada pelo sócio ostensivo, em sua própria declaração de rendimentos. 5.5.1 - Os certificados do investimento (CI) correspondentes à SCP serão emitidos em nome do sócio ostensivo. 6. Os valores entregues ou aplicados na SCP, pelos sócios pessoas jurídicas, deverão ser por eles classificados em conta do ativo permanente, de conformidade com o disposto no artigo 179, item III, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estando sujeitos aos critérios de avaliação previstos na referida Lei nº 6.404/76 e no Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 4 de dezembro de 1980(RIR/80). 6.1 - Os valores entregues pelos sócios, pessoas jurídicas, somados aos valores entregues pelos sócios, pessoas físicas, constituirão o capital da SCP, que será registrado em conta que represente o patrimônio líquido desta. 7. Os lucros recebidos de investimento em SCP, avaliado pelo custo de aquisição, ou a contrapartida do ajuste de investimento avaliado por esse método, não serão computados na determinação do lucro real dos sócios, pessoas jurídicas, das referidas sociedades. 8. Os rendimentos pagos pela SCP, bem como os lucros por elas distribuídos serão tributados na fonte, nos termos da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas. 8.1 - O imposto incidente na fonte, na forma deste item, terá nos beneficiários dos rendimentos, o mesmo tratamento dado ao imposto retido na fonte pelas demais pessoas jurídicas. 9. O ganho ou perda de capital na alienação de participação em SCO será apurado segundo os mesmos critérios aplicáveis a alienação de participação societária em outras pessoas jurídicas.”

15 “Art.7º: Equiparam-se a pessoas jurídicas, para efeitos da legislação do imposto de renda, as sociedades em conta de participação.

Parágrafo Único: Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”

16 No mesmo sentido são as disposições contidas nos artigos 148 e 149 do Regulamento do Imposto de Renda RIR/99, que estabelecem o seguinte:

“Art. 148. As sociedades em conta de participação são equiparadas às pessoas jurídicas.” (Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, art. 7º, e Decreto-Lei nº 2.308, de 19 de dezembro de 1986, art.3º)

“Art. 149. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral e o disposto no art. 254, II.” (Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, art. 7º, parágrafo único).

CNPJ e realizar a transferência de recursos entre os sócios, sem necessidade de um sócio emitir nota fiscal contra o outro.

Quando a sociedade possui apenas um sócio ostensivo, a falência deste acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário (crédito sem garantia). Contudo, se a sociedade possuir vários sócios ostensivos, a solução é a dissolução parcial da sociedade, apenas em relação à conta do sócio falido, sem prejuízo da continuidade da vida social dos sócios remanescentes. Essa interpretação, inclusive, decorre diretamente do princípio da preservação da empresa e determina comando normativo implícito.

Com a falência do *sócio participante*, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido, conforme previsto no § 3º do artigo 994, do Código Civil.<sup>17</sup>

Na prática da vida empresarial, vários são os exemplos de utilização estratégica das sociedades em conta de participação para a satisfação dos interesses dos sócios e para a maximização dos resultados empresariais. Esse modelo jurídico de sociedade é muito usado, por exemplo, na construção civil, quando dois ou três profissionais se associam, exercendo, cada um, dependendo da etapa da obra, a função de sócio ostensivo ou participante. Nesse sentido, enquanto o pedreiro exerce a função de sócio ostensivo, o encanador, o eletricitista, o assentador de azulejos e o pintor assumem a condição de sócios participantes. Na sequência da obra, o pedreiro pode passar à condição de sócio participante, enquanto os outros vão se sucedendo na função de sócio ostensivo. Esse contrato, além de permitir a continuidade do recebimento de dividendos em todas as etapas da obra, também permite a organização e a concatenação da atividade, bem como a multiplicação das fontes de recursos para os sócios.

Outro exemplo de utilização estratégica do modelo jurídico da sociedade em conta de participação para composição dos interesses dos sócios e maximização dos resultados empresariais, normalmente se encontra nos *apart-hotéis*. Nesses empreendimentos, normalmente uma pessoa jurídica que tem como objeto social a administração de hotéis assume a posição de *sócia ostensiva*, contratando empregados e prestando os serviços de hotelaria aos hóspedes. Por outro lado, os proprietários dos apartamentos assumem a posição de *sócios participantes*, com função ativa nas deliberações, bem como no exercício dos

---

17 “Art. 994: A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais. [...]”

§ 3º: Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais [...]”

direitos de fiscalização e de recebimento dos seus dividendos mensais (inclusive contratados sob a forma de dividendos mínimos ou fixos), conforme previsto no contrato social.<sup>18</sup>

No plano teórico, questão controvertida é a possibilidade (ou não) de responsabilização pessoal do *sócio participante* por prejuízo causado a terceiros pelo *sócio ostensivo*. Em princípio, os credores não teriam como responsabilizar o sócio participante, pois somente o sócio ostensivo assume obrigações com terceiros. Essa é a solução “natural”, que decorre da interpretação literal do disposto no artigo 991 do Código Civil. Contudo não se pode esquecer da importância da interpretação principiológica, sistemática e teleológica no ordenamento jurídico brasileiro.

Em virtude do princípio fundamental de Justiça, o ordenamento jurídico nacional também atribui caráter normativo-impositivo ao princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, cuja regra de ouro hoje se manifesta no artigo 884 do Código Civil, segundo o qual: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Por isso, caso o credor comprove a existência de uma sociedade em conta de participação e o *sócio ostensivo* não tenha como responder pelo cumprimento das obrigações que assumiu em seu nome, juridicamente é admissível a descaracterização da SCP, para que o *sócio participante* seja pessoal e ilimitadamente responsabilizado. De fato, como a principal característica da sociedade em conta de participação é o fato de ser oculta para terceiros, a partir do momento que essa característica deixa de existir, a sociedade assume a feição de uma sociedade em comum, na qual todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no artigo 1.024 do Código Civil, apenas aquele que contratou pela sociedade (o administrador social).

---

18 Dispõe a Solução de Divergência nº 2, de 27 de fevereiro de 2004, da Secretaria da Receita Federal – SRF, que: “No sistema de locação conjunta denominado de pool hoteleiro, constitui-se uma sociedade em conta de participação, em que a administradora (empresa hoteleira) é a sócia ostensiva e os proprietários das unidades imobiliárias, que aderirem ao sistema, são os sócios ocultos. A sociedade visa à obtenção de lucro comum. Pelo Princípio Contábil da Entidade, as receitas e despesas da sociedade não se confundem com as dos seus sócios. São pois receitas da sociedade: a totalidade das diárias, semanadas ou aluguéis, relativos às unidades que aderirem ao pool hoteleiro, inclusive de áreas de restaurantes, salão de convenções, lojas, etc, também integrantes do sistema de locação conjunta; os preços dos serviços prestados, impostos ou taxas incidentes sobre os imóveis, ou demais encargos locatícios, se cobrados, pela administradora, destacadamente das diárias, semanadas ou aluguéis; as indenizações recebidas por extravios e danos causados às unidades; as multas e juros de mora; o resultado das aplicações dos saldos financeiros da sociedade. A relação acima não é exaustiva, já que o faturamento, base de cálculo da contribuição, é a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, no caso uma Sociedade em Conta de Participação (SCP), sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas (arts. 2º e 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9718, de 1998). É a empresa hoteleira, como sócia ostensiva da Sociedade em Conta de Participação, constituída no sistema de locação conjunta denominado de pool hoteleiro, a responsável pelo recolhimento da Contribuição para o PIS/Pasep, incidente sobre a totalidade das receitas auferidas pela referida sociedade.” (Publicado no DOU, nº 41, 02/03/2004.).

Nesse caso, outra questão que também sugere polêmica é saber se a responsabilidade do *sócio participante* será limitada aos termos do contrato social (conforme previsto no artigo 991, parágrafo único, do Código Civil), ou se a responsabilidade será de fato solidária e ilimitada, como ocorre nas sociedades em comum.

Diante de tudo isso, no plano teórico, a sociedade em conta de participação pode ser classificada, em decorrência da existência ou não de personalidade jurídica, como uma sociedade despersonalizada (sem personalidade jurídica) e, em virtude da responsabilidade patrimonial dos sócios, como uma sociedade mista, já que os sócios ostensivos assumem responsabilidade ilimitada; e os sócios participantes, responsabilidade apenas perante o sócio ostensivo, limitada nos termos do contrato social.

Com relação à importância das pessoas dos sócios para constituição, manutenção e dissolução da sociedade, teoricamente, como foi descrito acima, a sociedade em conta de participação pode ser classificada como sociedade de pessoas ou sociedade de capitais, dependendo da maioria das características verificadas no caso concreto.

## **5. USO ESTRATÉGICO E INOVADOR DA SCP PARA SUPERAÇÃO DE CONTRADIÇÃO EMPRESARIAL**

Como mencionado acima, o uso estratégico e inovador da sociedade em conta de participação pode representar importante elemento de superação da contradição empresarial existente especialmente na situação em que uma pessoa não pode ou não quer ser empregada ou até sócia de outra(s), mas precisa receber o produto de seu trabalho da maneira mais segura e econômica possível, ficando livre para assumir novos vínculos negociais e profissionais, independentemente de autorização de outros sócios ou da formalização de uma alteração de contrato social.

Essa situação controversa acontece frequentemente em diversas ocasiões, com destaque para as clínicas médicas e odontológicas, bem como para empresas voltadas para a execução de projetos em que diversos profissionais liberais trabalham em conjunto sob a coordenação (sem subordinação) de outro profissional liberal ou de uma pessoa jurídica de Direito Privado.

Especialmente nas empresas cujo objeto social é a prestação de serviços médicos e/ou odontológicos (clínicas médicas ou odontológicas), muitas vezes a pessoa jurídica é credenciada junto a hospitais, laboratórios e planos de saúde, mas os profissionais vinculados

a ela na execução dos serviços não.<sup>19</sup> Além disso, nesses casos, os profissionais muitas vezes não se conhecem profundamente, atuam de maneira absolutamente independente, sem controle recíproco de horários, sem qualquer subordinação de uns aos outros, o que afasta totalmente a possibilidade de caracterização de uma sociedade de pessoas, ou mesmo a relação jurídica de emprego, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Trata-se, sem dúvida, de uma típica relação de trabalho colaborativo, própria do mundo contemporâneo. E mais: nessas clínicas geralmente a troca de profissionais é uma constante, o que dificulta (senão inviabiliza) a formalização de alterações de contrato social, ou mesmo a realização de reuniões ou de assembleias dos sócios.

Por tudo isso, a superação lícita de tal realidade contraditória pode ocorrer por meio da constituição de uma sociedade em conta de participação com caráter capitalista, instituída (tal como ocorre com a sociedade anônima), por meio de uma ata de constituição da sociedade, que aprova um estatuto social, nomeia os primeiros sócios ostensivos e participantes e declara constituída a sociedade em conta de participação.

Nesse caso, o estatuto da sociedade em conta de participação deve prever, dentre outras cláusulas, as seguintes, que irão conferir, na prática, o caráter capitalista da sociedade:

- a) objeto social;
- b) sede;
- c) prazo;
- d) patrimônio especial dividido em cotas;
- e) liberdade de cessão das cotas que integram o patrimônio especial, ou apenas de acordo com a vontade do(a) sócio(a) ostensivo(a);
- f) distribuição desproporcional de dividendos fixos ou mínimos, cumulativos ou não, conforme previsto em documento anexo ao contrato social (acordo de cotistas, arquivado na sede da sociedade), celebrado apenas entre o(a) sócio(a) ostensivo(a) e o(a) sócio(a) participante diretamente interessado, sem a anuência ou a autorização dos demais;
- g) possibilidade da existência de cotas em tesouraria, para atribuição livre a novos sócios participantes, a critério do(a) sócio(a) ostensivo(a);

---

<sup>19</sup> Em alguns casos ocorre o contrário, pois o vínculo formal com o plano de saúde é do profissional liberal e não da pessoa jurídica da clínica, o que também possibilita o uso da sociedade em conta de participação, na qual o profissional liberal vinculado ao plano de saúde aparece como sócio ostensivo; e os demais (inclusive a clínica), como sócios participantes.

- h) instituição de conta contábil específica na contabilidade do sócio ostensivo, para escrituração apartada das receitas, despesas e resultados da sociedade em conta de participação em questão;
- i) deliberações sociais tomadas de acordo com a vontade de sócios que representem a maioria das cotas que integram o patrimônio especial (normalmente em poder do sócio ostensivo);
- j) obrigações do sócio ostensivo;
- k) obrigações do(s) sócios(s) participante(s);
- l) critérios para apuração e para pagamento de haveres em caso de dissolução parcial, retirada ou exclusão (geralmente pagamento de valor nominal fixo das cotas, sem a necessidade de balanço de determinação, para facilitar entrada e saída de sócios participantes);
- m) cláusula arbitral e definição de foro apenas para as hipóteses de medidas de urgência, anulação ou execução de sentença arbitral.

É importante observar, entretanto, que, por se tratar de um estatuto social, este não menciona diretamente o nome e a qualificação dos sócios ostensivos e participantes, uma vez que tal identificação é realizada tanto pela ata de constituição da sociedade, quanto pela escrituração do livro de registro de sócios, mantido na sede da sociedade. Para facilitação da vida social, o livro de registro de sócios pode ser organizado digitalmente ou por meio de folhas soltas, com as assinaturas (eletrônicas ou não), conforme o caso.

Inquestionavelmente, a constituição da sociedade em conta de participação por meio de um estatuto social, com as cláusulas acima, não encontra qualquer vedação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, por isso, completamente lícita e possível. Além disso, não existe na legislação brasileira qualquer óbice à constituição de uma sociedade em conta de participação com as características de uma sociedade tipicamente de capitais.

Por outro lado, a realidade atual – baseada na liberdade de circulação das informações e na geração de conhecimento a partir delas – impõe novos objetivos às pessoas e às empresas, mediante a imposição de novas relações de trabalho associativo e colaborativo entre sócios, profissionais liberais e de outras categorias, literalmente espalhados em um mundo plano, digital e sem fronteiras. Tudo isso exige, no plano jurídico e negocial, a estruturação lícita, inovadora e estratégica desses objetivos.

## 6. CONCLUSÕES

O Direito Empresarial vive da empresa e esta, no mundo atual (plano, digital e sem fronteiras), apenas sobrevive e se desenvolve plenamente quando há inovação.

Todos os dias as empresas se colocam diante de objetivos e contradições que exigem, para a sua superação lícita, uma postura propositiva e inovadora de toda a sua estrutura e de todas as pessoas vinculadas a ela.

A inovação pressupõe, quase sempre, fazer o novo, fazer diferente, proporcionar novas experiências e/ou oferecer novos produtos e serviços a mercados cada vez mais ávidos por novidades.

Contudo, especialmente na empresa, a inovação não representa apenas o desenvolvimento de um novo produto, de uma nova embalagem ou de um novo serviço. Trata-se também e, principalmente, de um exercício contínuo de criação e de recriação das estruturas administrativas, financeiras, comerciais e também jurídicas, que sustentam o negócio.

Por isso, especialmente no âmbito do Direito Empresarial Societário, cabe ao jurista criar estratégias jurídicas lícitas capazes de permitir a realização eficaz e plena dos objetivos empresariais, com o menor custo possível (de tempo, de desgaste psicológico e de dinheiro). Isso exige a superação do modelo mental dominante no meio jurídico e uma postura inovadora, que somente será possível com a utilização plena de alguns pressupostos de interpretação e de aplicação das normas jurídicas.

Como restou demonstrado acima, a inovação pode ocorrer por meio do uso estratégico e inovador da sociedade em conta de participação, que pode representar importante elemento de superação da contradição empresarial existente especialmente na situação em que uma pessoa não pode ou não quer ser empregada ou sócia de outra(s), mas precisa receber o produto de seu trabalho da maneira mais segura e econômica possível, ficando livre para assumir novos vínculos negociais e profissionais, independentemente de autorização de outros sócios ou da formalização de uma alteração de contrato social.

Para isso, como não há na lei a obrigatoriedade de a sociedade em conta de participação – SCP – ser sempre uma sociedade de pessoas e constituída formalmente por meio de um contrato social, existe a possibilidade plena de constituição de uma SCP por meio de um estatuto social, no qual constam cláusulas que determinam sua classificação como sociedade de capitais, e por meio das quais os sócios podem ceder livremente suas

participações sociais, sem necessidade de formalização de alteração de contrato social, realização de reunião ou assembleia, ou mesmo da anuência dos demais sócios.

## **Abstract**

The company is the life of corporate business law. In today's world the company only survives and flourishes when there is innovation. In business innovation is not only the development of a new product, new packaging or a new service. It is also an ongoing exercise and re-creation of administrative structures, financial, commercial and also legal, that support the business. Especially in the corporate business law, it is the lawyer to create legitimate legal strategies that would permit the effective and full of business objectives at the lowest possible cost (of time, money and psychological strain). This requires the overcoming of the dominant mindset in the legal environment and an innovative approach that will only be possible with the full use of some assumptions in interpreting and applying the law. Innovation can occur through the strategic use and innovative society participation into account, which may represent an important element to overcome the contradiction existing business especially in the situation where a person can not or will not be employed or member of another, but must receive the proceeds of their work as safely and economically as possible, and was free to take on new ties and professional negotiation, regardless of consent of other shareholders or the formalization of a changing social contract. This can be effected by means of a society participation account.

Key-words: Commercial Law. Business Law. Society Participation Account. Strategic Review of Law. Innovation.

## **REFERÊNCIAS**

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. DOU. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://portal.in.gov.br>>. Acesso em: set. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GABRICH, Frederico de Andrade. **Análise Estratégica do Direito**. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010.

GABRICH, Frederico de Andrade. **O Princípio da Informação**. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010.

GALIZZI, Gustavo Oliva. **Sociedade em conta de participação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

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

MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. v. 2.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: set. 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STF. RE nº 18.832. Rel. Min. Nelson Hungria. Órgão Julgador T1. Julgado em 06/08/1951.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: set. 2011.

STJ. REsp. nº 168.028/SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Órgão Julgador T4. Julgado em 07/08/2001. Publicação: DJ 22/10/2001

STJ. REsp. nº 23.502/SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Órgão Julgador T3. Julgado em 13/09/93. Publicado em 27/09/93.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: set. 2011.