

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO MOTIVOS PARA SUA UTILIZAÇÃO

*Vinícius Rodrigues Pimenta**

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Origem. 3 – Natureza jurídica. 4 – Características. 5 – Motivos para a sua utilização. 5.1 – Custos. 5.2 – Previsão em lei. 5.3 – Captação de poupança popular. 5.4 – Comparação dos motivos. 6 – Conclusões. 7- Referências bibliográficas.

RESUMO

No atual trabalho, busca-se verificar e discutir os motivos que levam ao fenômeno do aumento da contratação de sociedades em conta de participação.

Demonstra-se que a conta de participação, apesar da nomenclatura, não consiste em contrato de sociedade, mas é, precisamente, um contrato de participação.

São indicados os principais elementos do instituto e apontados os motivos que justificam a utilização das sociedades em conta de participação, especialmente: a antiga inexistência de responsabilidade tributária, a busca de redução de custos tributários decorrentes de atividade empresarial, a captação de poupança popular, visando a fugir à fiscalização, a suposta segurança que o instituto apresenta em decorrência da previsão legal e a permissão da existência de um participante oculto.

No presente estudo, busca-se demonstrar que, após uma devida análise do instituto, a contratação desta suposta forma societária somente se justifica caso se busque específica redução de custos, como meio de planejamento tributário.

* Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Mestrando em Direito Empresarial na Faculdade de Direito da UFMG. Professor da Disciplina Direito Comercial III na Faculdade de Direito da UFMG.

Conclui-se que, não sendo o caso de planejamento tributário, a conta de participação é juridicamente desaconselhável.

ABSTRACT

The present article wants to verify and discuss the reasons that guided to the phenomenon of the increasing in contracting of societies in participation count.

It demonstrates that the participation count despite its nomenclature does not consist in a society's contract but in a participation contract.

The most important elements of this institute are indicated and the reasons that justify the use of societies in participation count are pointed out: the old non-existence of a tributary responsibility, the search for the reduction of tributary costs that come from the entrepreneur activity, the entrapment of the popular savings aiming to escape from the supervision, the supposed security that the institute presents due to the legal prevision and the permission of an occult participant's existence.

In the present article it is tried to be demonstrated that after an appropriate analysis of the institute, the contract of this society's kind is only justifiable if it wants a specific reduction in costs as a procedure of tributary planning.

It concludes that the participation count is not juridically advised unless if is the case of tributary planning.

1 - Introdução

As pessoas que trabalham com o Direito não podem estar alheias aos fenômenos sociais, pois as normas ditadas pela Ciência Jurídica visam a regular aqueles.

Nesse sentido, é imprescindível que a visão do operador do Direito se volte para a forma como as pessoas, em geral, comportam-se e se utilizam de institutos jurídicos.

No campo do Direito Comercial, um fato social não pode ser ignorado, qual seja, o crescimento da utilização das sociedades em conta de participação.

Esse instituto, sobre cuja natureza trataremos adiante, é pouco estudado, podendo-se imaginar como razão para tanto as características juridicamente peculiares (e talvez esdrúxulas) que contém.

Veja-se a lição do inolvidável professor João Eunápio Borges (BORGES, 1991, p. 323 e 332), comentando a anomalia em face do antigo Código Comercial:

“Disciplinada em nosso Código pelos artigos 325 a 328, é ela uma sociedade embrionária, cuja gestação não chega a bom termo e que, esta sim, constitui autêntica ‘esdruxularia’, digna das severas críticas que os nossos comercialistas costumam reservar, sem razão, para a sociedade de capital e indústria.

[...]

A ‘esdruxularia’ reside na sua disciplina defeituosa e arcaica, e sobretudo em ser e não ser, ao mesmo tempo, uma sociedade.”

Pode-se visualizar a sociedade em conta de participação, em termos puramente teóricos, como um anacronismo e uma opção desnecessária mantida pela Lei. Afinal, pergunta-se, para que serve, no âmbito do Direito, uma sociedade que tem o cunho de “secreta” (ULHOA COELHO, 2002, p. 150), cujo contrato social, mesmo levado a registro, não cria a personalidade jurídica? Assim, se a função do Direito é reger fatos ocorridos em sociedade, como pode se preocupar com algo a que, hipoteticamente, destina-se a não ser do conhecimento das pessoas?

Essa pergunta, contudo, contém um erro fundamental, qual seja, o de não levar em consideração o fato de que as pessoas encontraram sentido para o instituto indicado. Dessa forma, o que o Direito deve fazer não é negar a existência desse sentido, mas, com os instrumentos próprios de indagação jurídica, perquirir qual é esse significado e se aquele se encontra em consonância com a Lei¹.

¹ Pois não se pode negar que, eventualmente, um instituto pode ser aplicado de forma a violar comandos legais, sendo exemplo a formação de associação cujo objeto é a promoção de rinhas de galos.

Nesse trabalho, ao lado de uma definição legal do instituto, procurar-se-á demonstrar quais são os motivos que levam à celebração de sociedades em conta de participação.

2 – Origem

Segundo o professor João Eunápio Borges (BORGES, 1991, p. 323), a sociedade em conta de participação é a “‘commenda’ a meio caminho de sua evolução”, significando isso que a sociedade seria uma “commenda” oculta.

Também para José Gabriel Assis de Almeida (ALMEIDA, 1989, p. 5), a origem da sociedade em conta de participação é a comenda.

Segundo esse último autor, a comenda consistia no acordo pelo qual o capitalista entregava a um negociante uma determinada quantia em dinheiro ou mercadorias para operações de compra e venda, sendo os lucros repartidos; o capitalista só assumia o risco de perder o que entregava ao negociante.

3 – Natureza jurídica

Sem adentrar na discussão sobre a utilidade da definição da natureza jurídica dos institutos, indica-se que o tema tem especial importância quanto à sociedade em conta de participação, especialmente para se eliminar dúvidas sobre os efeitos desse contrato.

De acordo com a sua nomenclatura, a conta de participação seria uma sociedade, ou, mais precisamente, um contrato de sociedade. Contudo, não é o nome que define o que seja um instituto, mas as suas características.

Pode-se considerar como elementos ou características do contrato de sociedade: a) a existência de duas ou mais pessoas, b) a obrigação recíproca de combinarem seus esforços ou recursos, c) a combinação dos esforços tendo por objetivo uma finalidade comum. Caso sejam esses os únicos elementos reputados essenciais do contrato de sociedade, a conta de participação poderá ser definida como tal, por possuir todos. Esse é o entendimento de José Gabriel de Almeida (ALMEIDA, 1989, p. 31).

Pensamos de forma diversa, contudo. Entendemos que há elemento essencial que não se faz presente na conta de participação.

João Eunápio Borges (BORGES, 1991, p. 324) apontava que o elemento faltante seria a personalidade jurídica, excluída por força de lei.

Reputamos, no entanto, como elemento mais importante para a definição do contrato de sociedade a existência de um centro de imputação de interesses (GONÇALVES NETO, 2002, p. 153). E esse não há na conta de participação, porque as relações empresariais são estabelecidas apenas com o sócio ostensivo, que é quem age na busca da consecução do objetivo social.

Nesse sentido, a conta de participação é apenas um contrato de participação (parceria), pelo qual “o sócio ostensivo obriga-se a agir como ajustado com os seus sócios ocultos na aplicação dos recursos (numerário ou bens, dentre eles direitos) que reuniram para tal fim” (GONÇALVES NETO, 2002, p. 153)².

4 – Características

A sociedade em conta de participação é atualmente regulada pelos artigos 991 a 996 do Código Civil. Nesses artigos estão estipuladas as suas principais características, expostas abaixo:

- a) A atividade que constitui o objeto social é exercida apenas pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob a sua exclusiva responsabilidade (art. 991, *caput*).
- b) Os resultados são partilhados entre os sócios (art. 991, *caput*).
- c) Somente o sócio ostensivo se obriga perante terceiros (art. 991, parágrafo único), a não ser que o sócio participante intervenha nas relações do sócio ostensivo com terceiros, pois nesse caso o participante responderá solidariamente com o ostensivo pelas obrigações em que intervier (art. 993, parágrafo único).
- d) A contratação pode-se provar por qualquer meio (art. 992).e) O contrato só produz efeitos em relação aos sócios (art. 993, *caput*).

² Deve-se ressaltar também o entendimento do Professor Fábio Ulhoa Coelho, para o qual a conta de participação é um contrato de investimento (ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de Direito Comercial*. 13a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152.)

- f) O eventual registro do instrumento do contrato não confere personalidade jurídica à sociedade (art. 993, *caput*).
- g) Os sócios podem registrar o contrato, caso não sejam impedidos por disposição deste.
- h) A contribuição dos sócios constitui patrimônio especial (art. 994, *caput*), que só produz efeitos quanto aos sócios (art. 994, parágrafo único).
- i) A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução do contrato (art. 994, parágrafo 2º).
- j) A falência do sócio participante não acarreta a dissolução do contrato, mas esse fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência quanto aos contratos bilaterais do falido (art. 994, parágrafo 3º).
- l) A liquidação da sociedade rege-se pelas normas processuais relativas à prestação de contas (art. 996, *caput*).

Não há regra que determine a utilização da conta de participação apenas de forma momentânea. Ao contrário, como ressaltado por João Eunápio Borges (BORGES, 1991, p. 326), “nada impede, pois, que a sociedade em conta de participação se contrate para exploração, em caráter duradouro, de um estabelecimento comercial”.

Por sua vez, não se obriga que a sociedade seja clandestina, ou secreta. O que há, apenas, é a configuração de um ajuste que permite, por escolha dos pactuantes, que um sócio que contribuiu para o exercício da atividade empresarial não participe das relações decorrentes da atividade.

Não há empecilho a que o contrato seja de conhecimento de terceiros, ou, ainda, que seja levado a registro. O que ocorre é que o instrumento, levado a registro, não confere personalidade jurídica ao “ente” criado.

5 – Motivos para a sua utilização

Como visto, a sociedade em conta de participação não é senão um simples contrato de participação, e não um contrato de sociedade.

O tema posto em debate é o porquê da utilização desse instrumento, de características peculiares e intrigantes.

Famoso é o adágio de que no Brasil há “leis que pegam e leis que não pegam”. Pois bem. Da mesma forma, pode-se dizer que há institutos que pegam e institutos que não pegam, assim entendidos aqueles que não são utilizados pelas pessoas.

A sociedade em conta de participação tem várias características peculiares que poderiam fazer com que o instituto não fosse utilizado. Como já visto, trata-se de um contrato de participação nominado como se fosse contrato de sociedade, segundo o qual a responsabilidade perante terceiros é de apenas um participante, inexistindo personalidade jurídica e, principalmente, limitação da responsabilidade.

No entanto, a sociedade em conta de participação sempre foi utilizada, e agora se vê movimento de crescimento da escolha por essa forma de contratação.

5.1 – Custos

Até 1987, em decorrência do fato de não existir perante terceiros (ALMEIDA, 1989, p. 171-173), a Conta de Participação não existia perante o Fisco, não estando sujeita à incidência tributária. A tributação se dava exclusivamente sobre o sócio ostensivo, em virtude do exercício da atividade.

Desse modo, pode-se reputar a ausência de dever de pagamento de tributos como fato importantíssimo para adoção da conta de participação, sendo bastante atrativo para o sócio oculto contratar uma forma que não implicaria responsabilidade tributária para o empreendimento, mas apenas para o sócio ostensivo. Por sua vez, o sócio ostensivo podia imiscuir a atividade da sociedade na sua contabilidade e, eventualmente, reduzir a carga tributária suportada – de forma ilegal, contudo, em função da regulamentação fiscal (Parecer Normativo 345/71, que determinava a separação das receitas e dos lucros cabíveis a cada sócio para fins de apuração de Imposto de Renda).

No entanto, a partir de 1º de janeiro de 1987, com a modificação da legislação do imposto de renda, **para fins tributários** as sociedades em conta de participação se equipararam às pessoas jurídicas (Decretos-Leis 2.303/86 e 2.308/86 e Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal 49/87 e 179/87).

Rubens Requião (REQUIÃO, 2003, p. 423) noticia que nessa época as sociedades em conta de participação foram praticamente extintas.

Ainda assim, as sociedades em conta de participação continuaram atrativas, porque resultava mais econômico a contratação de uma conta de participação do que uma das demais formas societárias, que, para produção de efeitos regulares, exigiam a elaboração de um contrato escrito e o registro no órgão competente, com os custos daí decorrentes.

Com a equiparação tributária, os tributos passaram a ser recolhidos pelo sócio ostensivo, sendo a responsabilidade tributária apenas deste (PORTUGAL, 2004, p. 162-164). Vale destacar que a apuração dos tributos devidos pela conta de participação é feita de forma separada dos tributos devidos pelo sócio ostensivo, sendo possível a apuração de lucro na conta de participação e prejuízo fiscal na atividade do sócio ostensivo, e vice-versa. Também pode haver a opção pela apuração de tributos federais na forma de **lucro real** pela conta de participação e **lucro presumido** pelo sócio ostensivo, ou o contrário.

Ademais, a sociedade em conta de participação pode ser utilizada como mecanismo de elisão fiscal, para redução do montante de tributos devidos em decorrência de determinada atividade. Assim, quando pessoas realizam atividade em conjunto, e apenas uma recebe, é mais vantajoso que as duas contratem a conta de participação para a distribuição dos resultados do que uma efetuar o repasse do lucro por meio de faturamento de serviços. Veja-se a lição de Janir Adir Moreira (MOREIRA, 2004):

“Considerando-se que os lucros recebidos pelos sócios provenientes de investimento em SCP não estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, assim como também não sofrem nova incidência da contribuição social sobre o lucro, temos a considerar que a sociedade em conta de participação pode ser um instrumento útil ao planejamento tributário, propiciando àqueles que explorem atividades momentaneamente em parceria, as condições necessárias para se evitar a ocorrência dos fatos geradores ‘em cascata’, como ocorreria na hipótese de sub-contratação. No caso, os sócios ocultos (pessoas

jurídicas) fazem o aporte de recursos para a SCP, e esta em nome do sócio ostensivo desenvolve a atividade, sofrendo as incidências de PIS, COFINS, IRPJ, CSLL, ISS, etc., repassando a esses a parcela do lucro que pactuarem, impedindo-se assim a dupla incidência tributária manifestada, caso fossem os repasses feitos através de faturamento dos serviços.”

Por sua vez, Rubens Requião, discorrendo sobre a utilização desse contrato, aponta que a sociedade em conta de participação é um “moderno instrumento de captação de recursos financeiros para o desenvolvimento econômico, tendo, além disso, amplas e úteis aplicações, dentro do moderno campo do direito comercial”.³

Em suma, a contratação da conta de participação era e é financeiramente atrativa.

5.2 – Previsão em lei

No entanto, o elemento financeiro não é o único que se vê na prática para a adoção da conta de participação. Há outro, qual seja, a segurança conferida por lei à contratação. Explica-se.

É princípio do Direito Privado que “é permitido fazer-se tudo que não está vedado por lei”. Assim, duas ou mais pessoas, desejando combinar esforços e recursos para a realização de uma atividade lucrativa, podem contratar da forma que quiserem, desde que a contratação não atinja direito previsto em lei. Desse modo, os contratantes, no Direito Privado, resguardados os limites legais, podem livremente estipular os elementos da contratação. Podem, inclusive, inventar regras que jamais foram aplicadas.

Nesse sentido, pessoas que queiram contratar o exercício da atividade empresarial, com aporte de recursos, mas participação de apenas uma nas relações com terceiros, ficando uma ou mais ocultas com relação à atividade, têm a faculdade de optar por inúmeras formas, sendo imaginável que escolham regras dos mais diversos institutos e façam a pactuação de acordo com seus específicos interesses.

³ REQUIÃO, 2003, p. 423

Logo, podem usar regras relativas a vários contratos, inclusive do contrato de consórcio, previsto nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/76.

No entanto, um aspecto psicológico parece ser o diferencial para a opção para a conta de participação: a expressa previsão em Lei. As pessoas sentem-se mais seguras em escolher um instituto previsto em lei (ou um contrato típico) porque isso lhes oferece a “segurança” da oficialidade da Lei. Pensam que não há necessidade de se criar algo diverso quando a solução para uma questão posta é dada pela Lei, ainda que a solução seja imperfeita (e, com certeza, mais imperfeita do que um bem redigido contrato de participação).

Assim, querendo-se realizar uma atividade com a existência de um participante oculto, escolhe-se a forma legal que contém o elemento **participante oculto**. Na maior parte das vezes, a escolha é feita sem se considerar o aspecto financeiro dos custos mais baixos, mas apenas porque a Lei contempla na sociedade em conta de participação a figura do sócio oculto.

Esquece-se, todavia, de perquirir toda a problemática do instituto e de se fazer uma análise comparativa da relação de custos/benefícios.

5.3 – Captação de poupança popular

Há, ainda, a contratação da sociedade em conta de participação como forma de captação de poupança popular, com a entidade captadora visando a fugir da fiscalização dos órgãos reguladores do Sistema Financeiro Nacional (Banco Central e Conselho Monetário Nacional).

Apesar do captador oferecer um contrato de sociedade em conta de participação para o interessado em obter crédito, é impossível que se deixe de antever o claro contrato de mútuo pactuado.

A utilização da conta de participação para essa finalidade é totalmente desvirtuada e atingiu proporções tão graves que o Banco Central editou o Comunicado 9.609, com o objetivo de divulgar “entendimento de que a formação e o funcionamento de grupos para aquisição de bens por meio de sociedades em contas de participação não tem respaldo legal”.

5.4 – Comparação dos motivos

Em nosso entendimento, na maioria dos casos a opção pela conta de participação é feita de forma equivocada. Todos os elementos do instituto

poderiam estar contidos em uma sociedade limitada, não se imaginando como ilegal a estipulação de que o exercício da atividade seja feito apenas por um dos sócios, após o aporte de recursos. Nesse caso, não seria nem necessário pensar-se em responsabilização de apenas um dos sócios pelas relações decorrentes da atividade, porquanto haveria a proteção da limitação de responsabilidade.

Logo, entendemos que a única opção realmente válida para a escolha da conta de participação é a feita em decorrência do cálculo da redução global de custos. Mesmo a decorrente da impossibilidade de revelação a terceiros da existência da sociedade não atinge a sua finalidade total, porquanto o segredo é comprometido em função das obrigações fiscais, relativas à escrituração própria da sociedade e demonstração da repartição dos lucros.

Assim, temos que na maioria dos casos a opção pela conta de participação apresenta grau mais elevado de custos do que de benefícios.

6 – Conclusões

Nesse trabalho, buscamos, de forma modesta, definir os elementos essenciais do controvertido contrato de sociedade em conta de participação, cuja utilização tem aumentado bastante.

Após análise dos elementos peculiares do instituto, concluímos:

- a) A sociedade em conta de participação não é um contrato de sociedade, mas um contrato de participação (parceria) entre empreendedores.
- b) Um motivo inicial para a sua utilização foi a inexistência de responsabilidade tributária.
- c) Mesmo com a criação da responsabilidade tributária, o instituto continuou a ser atrativo.
- d) Em termos de custos de contratação, por dispensar contrato formal e registro, a conta de participação é mais econômica.
- e) A conta de participação pode ser utilizada como importante e inteligente instrumento de elisão fiscal.

- f) A conta de participação também é utilizada em virtude da sua previsão em Lei (as pessoas, quando se deparam com uma contratação na qual desejam que apenas um sócio exerça a atividade, escolhem o contrato previsto em lei que contém esse elemento, sendo olvidado que a contratação poderia se dar por outra forma) e como ilegal forma de captação de poupança popular.
- g) De todo modo, considerando a relação custo/benefício global, e especialmente o fato de que a sociedade em conta de participação não confere o benefício da limitação de responsabilidade a todos os sócios, reputamos como equivocada, juridicamente, a maior parte das escolhas por essa forma de contratação.
- h) A contratação só se justifica caso haja uma análise global da redução de custos (considerando a carga tributária).

7 – Referências bibliográficas

- ALMEIDA, José Gabriel de. *A sociedade em conta de participação*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 5, 31 e 171-173
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 323, 324, 326 e 332
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 153
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MOREIRA, Janir Adir. *A Sociedade em Conta de Participação Utilizada para Planejamento Tributário*. In http://www.janirmoreira.com.br/artigos/a_sociedade_em_conta_de.htm, acesso em 04/12/04.
- PORTUGAL, Bernardo Lopes. *A sociedade em Conta de Participação no Novo Código Civil e seus Aspectos Tributários*. In *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Coord. Frederico Viana Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 162-164.

QUINTANS, Luiz Cezar P. *Direito da empresa*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25ª ed, atualizada por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 423Vol I.

ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de Direito Comercial*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.

