

INVESTIMENTO, SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E FALÊNCIA

INVESTMENT, SOCIETY OF PARTICIPATION ACCOUNT AND BANKRUPTCY

Cristiano Aparecido Quinaia*

Thiago Munaro Garcia**

Como citar: QUINAIA, Cristiano Aparecido. GARCIA, Thiago Munaro. Investimento, sociedade em conta de participação e falência. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-11, jan.-jul. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro. 2 Extinção da Sociedade em Conta de Participação e o Processo de Prestação de Contas. 3 O patrimônio especial perante a falência do sócio ostensivo. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A sociedade em conta de participação se constitui em ferramenta para fomentar o mercado financeiro. Por meio dela se facilita os investimentos e a celebração de negócios com a finalidade de soerguer empreendimentos. O presente se destina a analisar a segurança jurídica que se confere ao patrimônio do sócio participante quando contrata com pessoa jurídica na condição de sócio ostensivo e sobrevenha a falência desta.

Palavras-chave: Sociedade em conta de participação. Falência. Sócio ostensivo.

ABSTRACT: *The society of participation account constitutes tool to foster financial market. Through it is facilitated investment and business celebration in order to uplift projects. This is intended to examine the legal security that gives the heritage of the participating partner when contracts with businesses in the ostensible partner status and come upon this bankruptcy.*

Keywords: Society of participation account. Bankruptcy. Ostensible partner.

INTRODUÇÃO

Entre os modelos societários a sociedade em conta de participação possui restritivo tratamento legal e, de outro lado, é um modelo informalmente utilizado para investimentos.

A dificuldade de identificação e classificação da sociedade em conta de participação na prática desafia o jurista e suscita as mais diversas questões, sobretudo quando o tema a ser solucionado implica no relacionamento com outros ramos do direito.

O presente artigo objetiva estudar uma situação obscura diante da lei e que conta com poucos precedentes no repositório dos tribunais: a imbricação da sociedade em conta de participação com a falência do sócio ostensivo.

* Mestrando em Direito Constitucional e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, São Paulo. Professor Convidado no curso de Especialização Lato Sensu da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Advogado.

** Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, São Paulo. Professor Convidado nos cursos de Especialização das Faculdades Anhanguera Educacional e Instituto Paranaense de Ensino. Advogado.

Em tempos de economia emergente e, ao mesmo tempo, crise em alguns setores econômicos, o estudo das consequências de um processo falimentar sob o patrimônio da sociedade em conta de participação conclama o interesse da pesquisa.

Iniciando pela estruturação da sociedade em conta de participação no atual ordenamento jurídico, desenvolve-se pela apresentação do procedimento regular de dissolução, e caminha-se pela abordagem da celeuma que se instaura uma vez decretada a falência do sócio ostensivo (pessoa jurídica).

1 A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No derogado Código Comercial, a SCP - sociedade em conta de participação - estava prevista entre os artigos 325 a 328 (BRASIL, 1850) que vigeu de 1850 a 2003, com a distinção entre a responsabilidade do sócio-gerente como em sendo aquele dirigente da atividade empresarial desenvolvida.

O Novo Código Civil também foi tímido quanto à regulação deste modelo societário, dedicando-lhe apenas os artigos 991 a 996 (BRASIL, 2002), demonstrando com isso, desinteresse no desenvolvimento desta peculiar forma de alavancar negócios ou, quiçá, desconhecimento técnico aprofundado acerca da temática.

Decerto estudar e aplicar a SCP não são tarefas simples, iniciando-se com a dificuldade que assombra sua própria constituição informal não contratada e despersonalizada.

O estudo do Direito Societário se inicia com a configuração do que venha a ser a sociedade empresária em distinção à sociedade simples. Considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art.967); e, simples, as demais, conforme estatui o art.982 do Código Civil (BRASIL, 2002).

As sociedades somente serão consideradas empresárias a partir do momento em que desenvolvam atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, com o emprego de mão de obra, aplicação de *know-how*, fixação de estabelecimento e etc.

Destarte, serão consideradas sociedades simples as cooperativas, sociedades rurais, sociedades de advogados, cuja atividade explorada, embora no comércio, não se vinculem à obtenção do lucro e não se organizem na forma legalmente exigida.

Entre a divisão acadêmica que se impõe ao Direito Societário estão as sociedades personalizadas e despersonalizadas, sendo característica daquelas primeiras a possibilidade de que seu contrato ou estatuto social seja averbado perante Junta Comercial ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

O ato formal de assento do nascimento da pessoa jurídica perante a Junta ou Registro Civil lhe confere determinados atributos que a distinguem legal e juridicamente da pessoa de seus sócios, quais sejam:

- a) Titularidade negocial - quando a sociedade empresarial realiza negócios jurídicos (compra matéria-prima, celebra contrato de trabalho, aceita uma duplicata etc.), embora ela o faça necessariamente pelas mãos de seu representante legal (Pontes de Miranda diria 'representante legal', por não ser a sociedade incapaz), é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito autônomo, personalizado, que assume um dos polos da relação negocial. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio jurídico, mas sim a sociedade.
- b) Titularidade processual - a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual. A ação referente a negócio jurídico da sociedade deve ser endereçada contra a pessoa

jurídica e não os seus sócios ou seu representante legal. Quem outorga mandato judicial, recebe citação, recorre, é ela como sujeito de direito autônomo.

c) Responsabilidade patrimonial – em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. (COELHO, 2013, p.114).

Dessa forma, os atributos que o sistema legal confere à pessoa jurídica com a sua personificação concretizam sua existência autônoma, técnica e individualizada da pessoa de seus sócios.

A personalização confere à pessoa jurídica, ainda, a necessária e exigida publicidade de sua existência, de sua composição patrimonial e atividade desenvolvida, possibilitando que aqueles com quem venha a negociar tenham acesso ao contrato ou estatuto social.

Com o registro do contrato, estatuto ou averbação perante o cartório tem-se o nascimento da sociedade. Já a sua extinção, não se confunde com a de seus sócios, podendo ser dissolvida por diferentes caminhos.

A sociedade personificada pode se extinguir por dissolução uma vez exaurida seu objeto ou cessada a *affectio societatis* que mantinha o interesse entre os sócios, com a consequente liquidação e partilha de haveres.

A sociedade empresarial também pode sofrer extinção anômala quando se submete a alguma operação societária: incorporação, fusão, cisão, e transformação, por meio das quais passa a integrar patrimônio de outra sociedade ou desaparece para dar origem a uma nova sociedade.

Por fim, a extinção da sociedade empresarial também pode se dar pela via da falência que coloca termo à existência legal da pessoa jurídica após a liquidação de seu ativo e liquidação do passivo por meio de execução concursal regulada pela Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

A SCP caminha na contramão: a despeito de ser empresária, não é personificada, não podendo ser registrada ou possuir denominação própria, sendo comumente denominada pela especializada doutrina como uma sociedade secreta:

Definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas. Embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto, a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou sociedade. Suas marcas características, que a afastam da sociedade empresária típica, são a despersonalização (ela não é pessoa jurídica) e a natureza secreta (seu ato constitutivo não precisa ser levado a registro na Junta Comercial (COELHO, 2013, p. 478).

A consequência da inexistência de atribuição da personalidade jurídica é justamente de não produzir aqueles atributos de independência e isolamento social da pessoa jurídica, fazendo com que a SCP não exista senão afora dos limites da *affectio societatis* de seus sócios, conforme expressa previsão legal:

Código Civil. Art. 993. 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 (BRASIL, 2002).

Pela regra a inexistência de personalidade jurídica conduziria à responsabilidade ampla e ilimitada de seus sócios diante da inexistência de especificação do patrimônio que a compõe.

Em dissertação sobre o tema, Ana Carolina Barbuio Affonso destaca a característica da internalização da SCP tal qual regulada pelo Novo Código Civil, obtemperando:

A sociedade em conta de participação é uma sociedade 'ad intra', visto que, nos termos do artigo 993 do Código Civil de 2002, produz efeito somente entre os sócios e, portanto, não aparece juridicamente aos olhos do público (AFFONSO, 2004, p.09).

A SCP se constitui e se prova mediante qualquer elemento. Como a legislação não lhe confere personalidade jurídica, sua existência independe da celebração de qualquer contrato entre os sócios, confira-se:

Código Comercial. Art. 325 - Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (BRASIL, 1850).

Código Civil. Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito (BRASIL, 2002).

Para a constituição da SCP exige-se a conjugação de dois sócios, ou melhor, de sócios de duas diferentes classes: sócio ostensivo e sócio participante (ou oculto), conforme assim seja possível distinguir aquele que faça o aporte financeiro e aquele que gerencie o negócio.

Os negócios não se assumem e as obrigações não são contraídas em nome da SCP, uma vez que esta não possui personalidade jurídica, mas, sim em nome do sócio ostensivo.

Assim, em relação às obrigações e negócios celebrados em nome do investimento é o sócio ostensivo que se apresenta e assume, por conseguinte, toda a responsabilidade ilimitadamente perante terceiros.

O sócio ostensivo se vincula – e vincula seu patrimônio – perante terceiros em relação aos negócios assumidos. O sócio participante aufere sua parte nos lucros, e, regra geral, não vincula seu patrimônio às obrigações contraídas pelo ostensivo:

É o sócio ou sócios ostensivos - estes em conjunto ou separadamente – que assumem, como obrigação pessoal, as obrigações da sociedade. E assim, sendo, em se tratando de responsabilidade pessoal, não há que se falar de subsidiariedade ou limitação. Os sócios ostensivos, desta forma, respondem ilimitadamente pelas obrigações que, em nome próprio, assumirem para o desenvolvimento do empreendimento comum (COELHO, 2013, p.150).

Situação distinta é a do sócio participante. Este não aparece perante terceiro, daí sua denominação de oculto uma vez que sua intervenção é meramente econômica com o aporte da quantia necessária ao desenvolvimento da atividade pela SCP.

A consequência é que o sócio participante não responde perante os credores pelas obrigações contraídas pelo sócio ostensivo, ainda que vinculadas ao exercício do negócio comum:

Os sócios participantes não mantêm qualquer relação jurídica com os credores por obrigações decorrentes do empreendimento comum. Estes credores devem demandar o sócio ou sócios ostensivos, os quais, em regresso, e nas condições do contrato, poderão voltar-se contra os participantes (COELHO, 2013, p.151).

A este respeito o Código Comercial era expresso:

Art. 326 - Na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiro; os outros sócios ficam unicamente obrigados para com o mesmo sócio por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato (BRASIL, 1850).

Similar previsão contém também o Código Civil de 2002: “Art.991. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social” (BRASIL, 2002).

Se apenas o sócio ostensivo responde, sobreleva decifrar se ele responde com patrimônio particular ou se há, e em que medida há envolvimento do patrimônio especial. A dúvida repousa em saber o que compõe este patrimônio especial.

A designação legal de especial refere-se à destinação específica do patrimônio para o fim de exercício da atividade da SCP, que se distingue do patrimônio individual de seus sócios, conforme destacado por Ricardo Kuperman em monografia sobre o tema:

Desta forma, a aplicação de individuação dos fundos, por meio da indicação de seu montante e da determinação de sua composição, é consequência das próprias características da Conta em Participação, que deve ser lançada em uma conta à parte na contabilidade do sócio ostensivo na Sociedade em Conta de Participação, vindo a ser resguardada essa contribuição conforme o previsto no artigo 994 do Código Civil. (KUPERMAN, 2005, p. 61).

Como a SCP não existe perante terceiros, diante da ausência de personalidade jurídica ou de qualquer publicidade, o Código Civil dispõe que a especialização do patrimônio produz efeitos apenas em relação aos sócios, cujo objeto guarda relação com os negócios sociais.

Perante terceiros quem responde é o sócio ostensivo, inclusive com seu patrimônio pessoal, sendo, portanto, ilimitadamente responsável pelas obrigações, uma vez que, diante da ausência de publicidade, o patrimônio especial e a própria SCP inexistem.

Interessante destacar que a respeito da responsabilidade e envolvimento do patrimônio especial o Código Comercial contemplava uma regra de *mea culpa*, no sentido de que haveria o envolvimento caso o terceiro tivesse conhecimento de sua existência entre os sócios oculto e participante, senão vejamos:

Art. 328 - No caso de quebrar ou falir o sócio-gerente, é lícito ao terceiro com quem houver tratado saldar todas as contas que com ele tiver, posto que abertas sejam debaixo de distintas designações, com os fundos pertencentes a quaisquer das mesmas contas; ainda que os outros sócios mostrem que esses fundos lhes pertencem, uma vez que não provem que o dito terceiro tinha

conhecimento, antes da quebra, da existência da sociedade em conta de participação (BRASIL, 1850).

Para fins de delimitação em torno da problemática, a celeuma que se instala quando da falência do sócio ostensivo é o tema de maior labor para compreensão, diante da ambiguidade da redação legal, conforme se passa a constatar.

2 EXTINÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

Se ao legislador faltou fôlego (ou interesse) para dispor sobre a responsabilidade com maior clareza, mais infeliz o foi quanto à previsão da extinção da SCP que, em previsão lacunosa e confusa, assim se fez rezar no Código Civil:

Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual (BRASIL, 2002).

A SCP não possui personalidade que deve ser desconstituída por falência ou patrimônio que possa ser reestruturado por meio de recuperação judicial, resultando em um investimento que precisa ter as contas prestadas por aquele que estava em sua posse e gerência.

E o remédio jurídico-processual para este tipo de solução é o procedimento da ação de prestação de contas por meio da qual o sócio ostensivo espontaneamente prestará as contas do exercício da SCP ou o sócio participante exigirá a condenação daquele à sua apresentação.

A finalidade da ação de prestação é o lucro produzido pela movimentação da atividade da SCP bem como se sua distribuição conforme acordo entre o sócio ostensivo e o participante, tal como destaca Vicente Greco Filho:

Para o cabimento da ação de prestação de contas é necessária a existência de vínculo, que não precisa ser contratual ou expresso, bastando que o seja de fato, em que haja autorização para recebimento de dinheiro e realização de pagamentos, ou seja, que entre as partes se admita que uma delas faça o controle de entradas e saídas (GRECCO FILHO, 2013, p.229).

Dessa feita, pelo procedimento da prestação de contas, demonstrando o sócio participante o investimento realizado em conta do sócio ostensivo bem como a gestão que este exercia, julgará o juiz procedente o pedido para que o sócio gerente seja condenado à apresentação das contas.

A ação de prestação de contas irá apurar o encontro de contas, bem como eventual saldo credor em favor de qualquer dos sócios será desde logo executado nos próprios autos, conforme esclarece a jurisprudência:

Prestação de contas. Primeira fase. Sociedade em conta de participação constituída para a construção de um empreendimento imobiliário. Obrigação de prestar conta afeta ao sócio ostensivo, a quem atribuída a exclusiva administração da sociedade, bem como a construção e comercialização das unidades. Inequívoco direito de fiscalização pelo sócio participante. Discussão a respeito dos débitos e créditos própria da segunda fase. Sentença mantida. Recurso desprovido. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o normal e natural é que o investimento atinja seu ápice com o cumprimento dos escopos fixados por ambos os sócios e ao final sejam as contas prestadas com a divisão das receitas e a restituição do patrimônio especial ao sócio participante.

O que a ação de prestação de contas irá apurar é o saldo produzido pela SCP, uma vez que o patrimônio especial pertence ao respectivo sócio participante, devendo a ele ser devolvido.

Salienta-se que a SCP não contrata com terceiros, não existe no plano das relações obrigacionais, ou seja, toda contratação opera-se por conta do sócio ostensivo (em seu nome), conforme destaca o escólio:

A liquidação das sociedades, especialmente a mercantil, tem forma solene e específica de liquidar-se, por ser, em regra, concurso creditório; e a lei processual lhe deu rito especial em prol dos interesses de terceiros, na liquidação envolvidos. A sociedade em conta de participação, entretanto, não tem, não pode ter credores, pela razão muito simples de que ela não se obriga, não pode obrigar-se, nem tem patrimônio próprio, de modo que não seria nenhum paradoxo asseverar que ela, nas relações com terceiros, não existe. O que existe é o sócio ostensivo, pessoa natural ou jurídica, que opera sob sua firma individual ou social, ou sob sua denominação, quando a tenha. Tal negociante ou qual sociedade é que negocia, O outro, ou os outros sócios, como participantes, permanecem na penumbra. Não se compreende, por isso mesmo, a liquidação de tal sociedade por qualquer das formas por que as demais sociedades se liquidam. Mais não cabe ao sócio participante do que reclamar a sua parte nos lucros do negócio para cuja realização se associou ao comerciante ou à sociedade. Razão é essa por que muitos doutrinam que tal sociedade não tem natureza societária, mas simples natureza contratual, não passando de puro e simples contrato de participação de lucros em certo e determinado negócio. A liquidação da sociedade em conta de participação, em tais termos, pode resumir-se em simples prestação de contas, amigável ou judicialmente. (BULGARELLI, 1980, p. 147).

Assim, em realidade as contas são internamente prestadas na bilateral relação entre sócio oculto e ostensivo, no que diz respeito aos atos praticados, finanças empregadas e resultados obtidos.

3 O PATRIMÔNIO ESPECIAL PERANTE A FALÊNCIA DO SÓCIO OSTENSIVO

A celeuma se instala quando a SCP é celebrada entre pessoas jurídicas e o sócio ostensivo vem a acometer-se em estado de falência, emergindo a discussão acerca do destino do patrimônio especial que estava sob sua gestão bem como do saldo a ser (que deveria) apurado em ação de prestação de contas.

É imperioso que se distinga, para efeito de interpretação do dispositivo legal, o conceito de patrimônio especial (intangível) da definição de saldo (lucro) que se sujeita à falência do sócio ostensivo. Isto porque, nos termos do que preleciona o artigo 994 do Código Civil, “a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais” (BRASIL, 2002), sendo que tal patrimônio, consoante revela o § 2º do mesmo artigo, não se sujeita à falência ou recuperação judicial. Neste sentido obtempera Maria Helena Diniz:

Falência. A sociedade em conta de participação não pode ser declarada falida, pois somente seus sócios poderão incorrer em falência ou insolvência civil.

Dessa forma, falindo o sócio ostensivo, dissolver-se-á a sociedade, mediante simples ação ordinária; ter-se-á a apuração dos haveres devidos aos demais sócios; liquidando-se a conta e o saldo, se houver, constituirá crédito quirografário, isto é, sem qualquer garantia”. (DINIZ, 2010, p.685).

Desta feita, o investimento aportado (na conta de participação) será restituído ao sócio participante por se revestir de caráter extraconcursal, não sujeito ao concurso de credores, sendo que o montante a ser apurado na ação de prestação de contas como resultado (saldo, proveniente do lucro) do exercício da atividade da SCP é que deverá ser classificado como quirografário, conforme a doutrina clássica já destacava em pioneiro estudo sobre este modelo societário:

Si o sócio gerente cahe em fallencia por negocio particular, o sócio secreto é credor de toda sua quota e si verifica pela prestação de contas a que está obrigado o syndico para com o sócio secreto que os negócios da sociedade em conta de participação deram lucros, o sócio secreto tem direito a fazer valer, na falência, o crédito d'estes lucros, além do de sua quota. (SALGADO, 1913, p.137)[†].

É preciso que se entenda que o patrimônio afetado à SCP é investido para o exercício da sua atividade, porém nunca sai da esfera patrimonial do sócio participante, uma vez que é o sócio ostensivo quem responde perante terceiros e perante o próprio sócio oculto pela gestão.

O pano de fundo da SCP é alavancar os investimentos, possibilitando e incentivando o desenvolvimento da atividade econômica, já tendo o Ministro Bellizze destacado que “não se pode negar que esse tipo empresarial tem a grande utilidade econômica de facilitar a obtenção de financiamento para o desenvolvimento de atividade produtiva” (BRASIL, 2014).

Dessa forma, a interpretação conferida pela decisão hostilizada além de infirmar por completo o propósito do ‘Código Reale’ de manter a instituição da SCP como importante ferramenta para soerguer a economia, faz derruir por completo o comando legal que protege o sócio oculto/participante. Ainda, convém destacar que a Lei de recuperação judicial reza:

Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer (BRASIL, 2005).

Na jurisprudência são raros os casos de Falência de sócio ostensivo, situação que embora incomum, não afasta a necessidade de exploração hermenêutica e legal das possíveis soluções para recuperação do patrimônio aportado pelo sócio oculto.

[†] Tradução livre: Se o sócio ostensivo cai em falência por negócio particular, o sócio oculto é credor de toda sua cota e se verificado pela prestação de contas a que está obrigado o síndico para com o sócio oculto que os negócios da sociedade em conta de participação deram lucros, o sócio oculto tem direito a fazer valer, na falência, o crédito destes lucros, além da sua cota.

No repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo temos dois julgados com soluções divergentes, proferidos pelo pioneiro grupo reservado de direito empresarial.

Em um primeiro precedente, da lavra do eminente Desembargador Pereira Calças, entendeu-se que as máquinas de propriedade do sócio participante que estavam sob a posse da sócia ostensiva por ocasião da quebra, deveriam ser reivindicadas na classe de credor quirografário pelo seu equivalente monetário investido, senão vejamos:

Agravo. Falência de sociedade limitada, sócia ostensiva em contrato de sociedade em conta de participação. Decisão judicial que determina a arrecadação de todas as máquinas que integram o patrimônio social da sociedade falida. Pretensão do agravante, intitulando-se sócio participante (oculto) de liberar 50% das máquinas, sob o argumento de que são de sua propriedade. Sociedade em conta de participação que não tem patrimônio social autônomo, mas sim, patrimônio especial, ou seja, patrimônio de afetação. A falência da sociedade ostensiva acarreta a dissolução da sociedade em conta de participação e sua liquidação sob o rito da ação de prestação de contas. Sócio oculto que gerencia a sociedade em conta de participação responde solidaria e ilimitadamente pelas obrigações derivadas dos negócios em que interveio. Manutenção da decisão que ordenou a arrecadação dos bens e o depósito judicial do faturamento decorrente da atividade da sociedade em conta de participação. Agravo improvido (BRASIL, 2010).

O caso se resume a contratação de uma sociedade em conta de participação por meio da qual o sócio participante integralizou capital que foi utilizado para aquisição de sessenta e seis máquinas de autoatendimento empregadas no exercício da atividade empresarial. A Câmara confirmou o entendimento do relator para decidir ao final que como a SCP não possui patrimônio próprio, em verdade as máquinas pleiteadas pelo sócio participante já integravam o patrimônio social da sócia ostensiva e, por conta da superveniência da falência não se enquadrariam em hipótese de restituição da coisa em si, mas, apenas da restituição do dinheiro pela via da habilitação do crédito.

Em julgado mais recente, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo exarou entendimento diferenciado, no sentido de conferir ao patrimônio especial natureza extraconcursal, conforme se confere do voto condutor do eminente Desembargador José Reynaldo, senão vejamos:

Medida cautelar. Liminar. Bloqueio de contas-correntes de sociedade empresarial submetida a recuperação judicial, mantidas nos bancos Itaú e HSBC, com proibição de baixa manual por prepostos de qualquer título bancário vinculado a esta última. Concessão mantida. Presença dos requisitos da plausibilidade do direito e do risco de dano irreparável ou de incerta reparação. Constatação, em cognição sumária, da existência de farta documentação indicativa da ocorrência de negociações entre as sociedades requerente e requerida para restabelecimento da saúde financeira desta a partir de um inicial e vultoso aporte de recursos financeiros efetuados por aquela, não restituídos em sua integralidade pela favorecida antes do ingresso de seu pedido de recuperação judicial, a sugerir veemente intenção de forçar a submissão do crédito da agravada aos efeitos da execução concursal. Agravo de instrumento desprovido, por maioria. (BRASIL, 2012).

De acordo com este entendimento o patrimônio especial aportado pelo sócio participante não se mescla ao patrimônio da sócia ostensiva para efeito de decretação de sua falência.

No caso narrado após a constituição da SCP a sócia ostensiva, ao invés de prestar contas e efetuar a distribuição dos lucros, ingressou com pedido de Recuperação Judicial, sendo reconhecido pelo Relator o intento em forçar a submissão do aporte ao processo concursal, sendo de rigor transcrever o seguinte trecho:

Aporte de recursos financeiros efetuados por esta última, não restituídos em sua integralidade pela favorecida antes desta ingressar com seu pedido de recuperação judicial, a sugerir veemente intenção de forçar a submissão do crédito da requerente agravada aos efeitos da execução concursal (BRASIL, 2012).

Assim, o patrimônio especial estaria fora do concurso de credores pois não se constitui em crédito que deva ser pago como quirografário, mas, como propriedade que deva ser restituída, nos termos do art.119 da lei de falências (BRASIL, 2005).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este patrimônio especial da SCP, em verdade, muito embora esteja sob a gestão do sócio ostensivo, jamais deixou de pertencer à propriedade do sócio participante, a quem deve ser restituído.

Não se deve imiscuir o patrimônio especial aportado pelo sócio participante com o patrimônio da sociedade oculta, mormente quando sobrevenha a falência desta, tratando-se de bens distintos, pertencentes a pessoas diversas (patrimônio especial é de propriedade do sócio participante).

A mescla do patrimônio não encontra previsão na Lei de Falência como bem que deva ser arrecadado pela massa, além de mitigar a razão de ser da SCP, qual seja fomentar a atividade empresarial desenvolvida pelo sócio participativo.

A SCP encerra-se com o procedimento da Ação de Prestação de Contas, por meio da qual será apurado o lucro produzido e sua posterior divisão aos sócios na forma contratada.

Forçoso é concluir que o patrimônio especial é o investimento aportado para a promoção do negócio com a finalidade de gerar lucro e ganho a ambos os sócios, mas jamais pode ser visto como empréstimo ao sócio ostensivo.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro**. 2004. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2004.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Consolidação das Leis da República do Brasil de 1850**, T.11, Pág. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 30 jan. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 30 jan. 2016.

_____. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 20015. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial**,

Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 30 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação n. 0003282-19.2013.8.26.0575, Relator: Claudio Godoy. Data de Julgamento: 11 mar. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento n. 990.10.287623-3, Relator: Pereira Calças. Data de Julgamento: 19 out. 2010.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 0026018-44.2012.8.26.0000. Relator José Reynaldo. Data de Julgamento: 31 maio 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma de Julgamento. Recurso Especial 1230981-RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 16 dez. 2014.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades, empresa e estabelecimento**. São Paulo: Atlas, 1980.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A falência de empresário titular de patrimônio separado**. Direito Processual Empresarial. Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo: Campus, 2012.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 18.ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação**. 2005. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Milton Campos, Nova Lima, 2005.

SALGADO, Paulo Cavalcanti. **Das sociedades em conta de participação no direito comercial brasileiro**. Recife: Imprensa Industrial, 1913.