

## A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

**Autores: Rodrigo S. Muzzi**

**Data: Junho de 2003**

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -- o Novo Código Civil -- incorporou em seu texto a Sociedade em Conta de Participação, dando certeza normativa a pacíficas construções jurisprudências e a práticas reiteradas do comércio, assim com ampliando, em aspectos importantíssimos, a sua aplicação e abrangência.

A Sociedade em Conta de Participação, ou SCP é uma das múltiplas formas associativas despersonalizadas, as chamadas “unincorporated joint-ventures”, previstas ou permitidas no direito pátrio.

O interesse por tais formas despersonalizadas vem crescendo na proporção inversa com que o fisco brasileiro abandona bases de cálculo e fatos geradores sensatos e universais, para adotar tributos incidentes no fluxo de caixa, sem qualquer consideração quanto a renda percebida ou produto gerado.

As formas associativas despersonalizadas mais conhecidas, no direito brasileiro, são:

- (a) A Sociedade Comum, sociedade de fato, referenciada nos artigos 986 a 990 do Novo Código Civil Brasileiro;
- (b) o Consórcio de Sociedades, regulado pelos artigos 278 e 279 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- (c) o Grupo de Sociedades, regulado pelo artigo 265 e seguintes da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- (d) O Contrato de Comissão, antiga Comissão Mercantil, previsto no artigo 693 e seguintes do Novo Código Civil Brasileiro;
- (e) O Contrato de Empreitada, de que tratam os artigos 610 e seguintes do Novo Código Civil Brasileiro;
- (f) O Contrato de Mandato, de que tratam os artigos 653 e seguintes do Novo Código Civil Brasileiro;
- (g) Os Contratos de Industrialização por Encomenda, não tipificados no direito privado, mas prevista a modalidade, na legislação tributária, sob a forma de “*remessa para industrialização*”;
- (h) A Incorporação Imobiliária, regulada pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964;

- (i) A Sociedade em Conta de Participação, prevista nos artigos 991 a 996 do Novo Código Civil Brasileiro.

## II – SCP – Origens Históricas

Apenas a título de curiosidade, a SCP tem as suas origens históricas no contrato medieval da Comenda Marítima. A referência mais antiga que se conhece, a este tipo de sociedade, é de fonte veneziana e data do ano de 976 AD.

Na Comenda Marítima, o *Commendans* confiava ao *Tractor* os recursos necessários para o financiamento da viagem marítima, cujos resultados passavam a ser de interesse comum. Ou seja, surgiu a Comenda Marítima como uma forma de se remunerar o financiador (o *Commendans*) evitando-se a rigorosíssima proibição que a lei canônica impunha à cobrança de juros na Idade Média.

Os contornos atuais do instituto datam do Código Comercial francês de 1807, chegando ao nosso Código Comercial de 1850 a partir dos modelos do Código espanhol de 1829 e do português de 1833.

As construções posteriores, até o advento do Novo Código Civil, foram jurisprudenciais, doutrinárias e de práticas comerciais. No plano normativo, apenas a Receita Federal trouxe algumas alterações significadas a partir dos anos 80.

## III - A natureza jurídica da SCP

A característica determinante da SCP é a **ausência de personalidade jurídica**. Dispõe o artigo 993 do Novo Código Civil que “... a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade”; princípio que a melhor doutrina e jurisprudência já consideravam consagrado pelo Código Comercial de 1850 em forma mais sintética e menos precisa : ...*sem firma social*...”

A SCP nada mais é que um contrato entre os sócios, e apenas a eles vincula, sem qualquer efeito perante terceiros.

O único sócio que contrata com terceiros, que atua no mercado, que assume direitos e obrigações, é o Sócio Ostensivo. Na SCP, o Sócio Ostensivo exerce **isoladamente, em nome individual e sob sua inteira responsabilidade**, a atividade constituída como objeto social.

A lei tributária brasileira, no passado, e por muito tempo, considerou tributável o resultado apurado ao final do contrato da SCP, quando da distribuição do mesmo pelo Sócio Ostensivo. Atualmente, como se verá mais detalhadamente abaixo, o resultado da SCP é apurado em bases periódicas, dentro das contas do Sócio Ostensivo, mas separadamente de sua operação normal. Apenas por um breve intervalo, mas sem conseqüências práticas, a lei tributária equiparou a SCP às sociedades de fato, impondo-lhe a condição de contribuinte autônomo, logo redefinida. Hoje, embora apurado em separado o seu imposto, a legislação tributária brasileira converge com o entendimento histórico do instituto e especialmente com a previsão do artigo 993 do NCC, e não atribui à SCP capacidade contributiva, não faz dela contribuinte ou mesmo responsável tributário.

A questão relevante, tão cristalinamente colocada pelo texto do NCC, é que a SCP é apenas uma relação obrigacional entre os sócios, um mero contrato, e não uma sociedade empresária com personalidade jurídica própria. A SCP será sempre e nada mais que um contrato, um ordenamento de obrigações entre partes, e nunca a autonomização de um patrimônio através da atribuição de personalidade própria.

Na terminologia do Código de 1850, a SCP não opera com firma própria. No âmbito de nossos tributos contemporâneos, não operar com firma própria quer dizer não poder faturar em nome próprio. As operações da SCP, por determinação legal, se fazem pela firma do Sócio Ostensivo. Assim, quem contrata, compra, vende e fatura em nome da SCP é o Sócio Ostensivo.

#### **IV - Características da SCP - A Relação dos Demais sócios com o Sócio-Ostensivo**

O Código de 1850 estabelece o objetivo da SCP como sendo “*para lucro comum*” dos seus sócios. O Novo Código Civil consagra o mesmo conceito ao dispor que, *aos sócios participantes assiste apenas o direito de participar dos resultados*.

Todos os sócios, ostensivos ou participantes deverão fornecer à sociedade o seu capital, que a lei denomina “*Patrimônio Especial*”.

A SCP cria para os sócios participantes a obrigação de contribuir, e para o Sócio Ostensivo, além do dever de contribuir, a obrigação de gestão e prestação de contas.

O *Patrimônio Especial* será formado por contribuição dos sócios e a participação de cada um será determinada em função dos critérios consensualmente adotados para a repartição *dos resultados*. Uma vez transferida para a SCP a contribuição destinada à formação do *Patrimônio Especial*, restará desapossado o sócio contribuinte. Perante terceiros tais bens ou direitos pertencerão ao Sócio Ostensivo. Os direitos creditórios dos sócios participantes contra o sócio ostensivo serão, reza o Novo Código Civil, em uma falência deste último, de natureza quirografária.

Os recursos destinados à formação do *Patrimônio Especial*, comprometidos por todos os sócios para o empreendimento comum, são colocados à disposição e sob a gestão do Sócio Ostensivo. De fato, entregues e transferidos ao mesmo. Perante terceiros, portanto, a presunção é que a este pertencem tais recursos.

No limite, a SCP nada mais é do que uma forma de financiamento de determinadas operações de uma sociedade empresária, sujeita a remuneração variável e não fixa. A diferença entre o sócio participante financiador e o credor clássico é que o primeiro corre o risco do negócio e o último apenas o risco de crédito do tomador. Ao atribuir a um terceiro -- ao sócio participante -- uma participação em um determinado negócio, o Sócio Ostensivo propõe-se a partilhar com este terceiro os seus lucros e prejuízos no empreendimento.

#### **V - Do Patrimônio dedicado às Operações da SCP**

A contribuição para o *Patrimônio Especial* poderá ser em dinheiro, em bens, serviços ou direitos, até mesmo direitos criados sobre bens existentes, e criados especificamente para a contribuição à SCP. Por exemplo, vamos imaginar que um fabricante de garrafas de PET poderia contribuir para uma SCP gerenciada por um engarrafador de bebidas, digamos, “direitos de retirada” (*output rights*), ou então

“capacidade instalada”. Como se vê, a contribuição de um sócio participante qualquer não precisará consistir necessariamente de ativos tangíveis. Poderá simplesmente constituir-se em uma obrigação de fazer e, no processo de formalização da SCP, esta obrigação de fazer passará a ser um direito, um intangível da SCP, e um passivo do sócio que a contribuiu.

MAURO BRANDÃO LOPES nota que, na SCP, a subscrição das parcelas que formam o *Patrimônio Especial* não consiste “*propriamente em contribuição, mas na obrigação de contribuir. A sociedade existirá desde que o contrato se forme, mesmo que nenhum dos sócios tenha feito a sua entrada.*” Como se vê o autor mineiro considera a contribuição dos sócios à SCP como meramente obrigacional e não patrimonial, ainda que se constitua em destaque de parte do seu patrimônio, em recursos materiais, ou até mesmo em dinheiro.

Assim, um determinado sócio participante, por exemplo a nossa hipotética fábrica de garrafas de PET, poderia criar um direito de retirada igual a 50% da sua produção para um período dado “x”. Este direito atribuído à SCP constituiria um passivo da fábrica de garrafas (sócio participante), cuja contrapartida seria o contravalor recebido, ou a sua quota de participação na SCP.

Por sua vez o Sócio Ostensivo (na nossa hipótese, o Engarrafador) abriria uma conta gráfica para a SCP sob a sua gestão, isto é, abriria tal conta em sua contabilidade, lançando do lado ativo estes direitos a ela atribuídos e como contrapartida, no mesmo valor, o interesse do sócio contribuinte.

## **VI - Formação da Conta de Investimento dos sócios participantes**

Os valores entregues ou aplicados na SCP, por sócios **peessoas jurídicas**, deverão ser por eles classificados em conta de investimento, no 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.

Os valores entregues pelos sócios, pessoas jurídicas constituirão o *Patrimônio Especial* da SCP, ou a sua conta capital, representativa do patrimônio líquido desta.

## **VII - A Operação - O Objeto da SCP**

O Código de 1850 limitava as atividades da SCP a “*operações de comércio determinadas*”. O Novo Código Civil fala em “*atividade constitutiva do objeto social*” e a “*negócios sociais*”, em linha com a moderna indiferenciação entre negócios comerciais e não comerciais. A nova lei guarda um certo paralelismo com a expressão “*empreendimento determinado*” de que trata o artigo 278 da Lei das Sociedades por Ações, requisito essencial dos Consórcios de Sociedades. Seria, a SCP então, a herdeira genética da *societas unius alicuius negotii* de Gaio.

Afasta-se, no entanto, a SCP da *provecta* sociedade do direito romano, na medida em que a SCP pode não apenas ter uma só operação, mas algumas, ou muitas, ou diversas. É pacífico que tais operações não precisam ser determinadas antes do momento de sua criação, podendo novas operações ser agregadas ao longo de sua vida.

A doutrina majoritária admite que a SCP possa ser contratada para explorar, em

caráter duradouro, um estabelecimento (após o advento da NCC) empresário e não mais apenas comercial. O pressuposto repousa na suposição de que pre-existe, um ou mais empreendimentos, uma ou mais empresas, entendidas no seu conceito dinâmico de atividade empresarial, englobadas em um estabelecimento.

A questão, ainda intocada pelos doutrinadores, é saber se a SCP poderá açambarcar todas as operações integrantes de uma cadeia produtiva, da matéria prima ao consumidor final, em mais de um estabelecimento.

A regulamentação trazida pelo Novo Código Civil nos parece bastante abrangente, e a nosso ver não traça a linha divisória entre atividades (momentâneas e eventuais) e empreendimentos (permanentes e duradouros). O critério, assim nos parece, é muito mais amplo por um lado, e muito mais restrito, por outro lado. O objetivo da SCP é o *lucro comum*, e aqui repousa o foco da questão, o elemento restritivo. A existência de uma ou múltiplas atividades empresariais, eventuais ou permanentes, a montante, a jusante, paralelas ou concorrentes, resultará em questão pouco relevante. As atividades, tantas quantas forem, terão apenas interesse para a determinação da natureza empresarial do empreendimento. Há que se examinar cada uma dessas atividades apenas para saber se atribuem à SCP atividade empresarial, voltada para o lucro.

Parece-nos, pois, que a SCP poderá, sem dúvida, agregar múltiplos estabelecimentos, em cadeia de produção ou comercialização e, certamente, se prestaria, para agregar todas as operações de uma cadeia produtiva, desde um ponto tão remoto a montante, como insumos industriais básicos, ao seu destino final, o consumidor na prateleira do supermercado.

### **VIII -O regime tributário aplicável às Operações das SCPs**

A SCP é um curiosidade no regime tributário brasileiro. Até 1986, o regime aplicável previa a incidência dos tributos indiretos sobre as operações realizadas em nome do Sócio Ostensivo. Para o Imposto de Renda, a incidência ocorria apenas quando da distribuição do resultado, devendo, apenas então, ser oferecido à tributação, pelos sócios. O sistema permitia, desta forma, o diferimento, por prazos indefinidos, da sujeição dos rendimentos auferidos à incidência do tributo.

Em 1986, com a advento do Decreto-Lei 2.303, pretendeu-se atribuir, exclusivamente para efeitos fiscais, às SCP, personalidade jurídica, equiparando-as às sociedades de fato. O artigo 7º do Decreto-Lei 2.303 expressamente determina, para os efeitos do Imposto de Renda, a equiparação das SCPs às pessoas jurídicas.

O legislador de 1986, ao estipular tal equiparação, não imaginou que texto tão conciso pudesse gerar a ordem de conflitos de transponibilidade que efetivamente gerou. Aparentemente pretendeu apenas submeter às operações das SCPs ao regime anual de apuração. Mas a técnica legislativa adotava esbarrou efetivamente em questões jurídicas de difícil superação. Embora encontre-se ainda vigente o dispositivo em questão, tendo sido sucessivamente reiterado nas diversas consolidações do Regulamento do Imposto de Renda, a própria Receita Federal cuidou rapidamente de adaptar a sua aplicação ao objetivo prático desejado, deixando à margem e intocada, a natureza jurídica despersonalizada da SCP.

Assim, já em 1987, através da Instrução Normativa 179, a Secretaria da Receita Federal consertava o *imbroglio* e, de forma engenhosa, desenvolveu procedimentos que asseguraram a integração das operações das SCPs ao regime anual de apuração e de tributação sem gerar polêmicas desnecessárias.

Manteve, a IN 179, a apuração em separado das operações das SCPs -- tantas SCPs quantas possam existir administradas por um mesmo Sócio Ostensivo. Cada uma delas passou a ter sua operação separada não só para os objetivos e desígnios sociais, mas também para os efeitos fiscais. Assim, por exemplo, quanto ao regime de aproveitamento de prejuízos fiscais, estes não se comunicam com as contas do Sócio Ostensivo, e nem com as contas de outras SCPs sob a mesma administração. O imposto apurado será recolhido pelo Sócio Ostensivo para cada uma das SCPs por que responder, de forma isolada e destacada.

Uma vez assegurada à apuração em separado e anual, são as SCPs dispensadas de se inscreverem no então Cadastro Geral de Contribuintes, hoje o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. As SCPs giram fiscalmente em absoluta consonância com a lei civil, sob o registro fiscal do Sócio Ostensivo, respeitando-se assim a natureza despersonalizada das SCPs. As informações ao fisco, e os dados de apuração deverão constar da declaração anual do Sócio Ostensivo, e não poderia ser de outra forma, pois falta às SCPs a identidade fiscal.

Atente-se para a curiosa situação das SCPs. Não são contribuintes, e nem podem ser responsáveis tributárias, pois lhes falta a capacidade tributária passiva. O regime da IN 179 atribui a condição de contribuinte ao sócio ostensivo exclusivamente, e o submete a um regime de apurações múltiplas. Assim, a IN 179 atribui ao sócio ostensivo à obrigação de manter as contas da SCP em separado, determinação essa em absoluta harmonia com a lei civil e com os princípios contábeis. Mas faculta ao Sócio Ostensivo optar entre livros exclusivos para a SCP ou simplesmente abrir uma conta gráfica destacada nos seus próprios livros.

Não poderia ser mais feliz, a solução arrumada pela Receita Federal. Manifestações do judiciário, notadamente do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup>. Região, têm sustentado a ausência de capacidade tributária passiva das SCPs. Assim, melhor que responda o Sócio Ostensivo.

A IN 179 determina que o regime de apuração, para as SCPs é pelo lucro real, e a jurisprudência administrativa e do Conselho de Contribuintes, até o advento da IN 31, tem reforçado este entendimento. Até então inexistia, para as SCPs, a possibilidade de optar pelo lucro presumido. Questão hoje resolvida pela Instrução Normativa 31 de 2001. A partir de janeiro de 2001, podem as SCPs optar pelo lucro presumido, independentemente e de forma desvinculada do Sócio Ostensivo.

A IN 179, bastante extensa, cuida ainda de outros aspectos relevantes. As SCPs podem optar pela aplicação do imposto em investimentos setoriais e regionais incentivados, mas tal aplicação será feita no nome do Sócio Ostensivo. Tem-se aqui a possibilidade de ampliação do objeto da SCP, de agregação de uma nova atividade, de um novo empreendimento, consistente no investimento em um ou mais projetos incentivados. A opção, no caso, será feita na declaração do sócio ostensivo, e os certificados sairão em nome deste, assim dispendo a IN 179.

## **IX -dos Resultados das SCPs - lucros de investimento e distribuição**

O regime fiscal de apuração dos resultados da SCP não interfere na distribuição dos mesmos aos seus sócios. A SCP, ao contrário das sociedades personificadas, não precisa observar exercícios sociais e não precisa levantar balanços periódicos, a não ser evidentemente que assim disponha o contrato livremente negociado.

Os lucros de investimento em SCP, avaliados pelo custo de aquisição, ou a contrapartida do ajuste de investimento avaliado por esse método não serão computados na determinação do lucro real dos seus sócios, ostensivos ou participantes.

Os rendimentos pagos pela SCP, bem como os lucros por elas distribuídos sujeitam-se ao regime tributário aplicável à distribuição de lucros e pagamento de dividendos. O texto da IN 179, datado de 1987 estipulava a tributação na fonte, incidência prevista na época de sua edição, mas não mais aplicável.

Apenas para ilustração, cabe lembrar que o tratamento tributário de fonte dispensado a lucros e dividendos sofreu, ao longo dos anos, alterações diversas. Já em 1989, e até 1992, tivemos a vigência do regime instituído pela Lei 7.713 de 1988, art. 36 e parágrafo único. No ano calendário de 1993 prevaleceu a não incidência do artigo 75 da Lei 8.383 de 1991. Nos anos de 1994 e 1995, com incidência à alíquota de 15%. A partir de 1996, sem incidência de fonte. Já a partir do ano 2000, com incidência de fonte para os pagamentos a residentes ou domiciliados em países cuja alíquota seja inferior a 20%.

Não paira dúvida sobre o regime fiscal aplicável aos rendimentos pagos e os lucros distribuídos pelas SCPs. Constituem lucro distribuído, sendo este o entendimento pacífico e unânime dos tribunais e da jurisprudência administrativa. Aplica-se, portanto, a previsão do artigo 654 do atual Regulamento do Imposto de Renda.

O ganho ou perda de capital na alienação de participação em SCP (investimento) será apurado segundo os mesmos critérios aplicáveis a alienação de participação societária em outras pessoas jurídicas. Aplica-se, portanto o disposto no artigo 425 e seguintes do atual Regulamento do Imposto de Renda.

#### **X -dos Demais tributos incidentes sobre as operações da SCP**

A Instrução Normativa 174 determina que os demais tributos federais e a contribuição (para o então FINSOCIAL) correspondentes às atividades da SCP sejam também pagos em nome do Sócio Ostensivo.

Na conjuntura atual, então teríamos o quadro seguinte:

<b>Tributo</b>	<b>Incidência</b>	<b>Comentários</b>
IPI	Sobre cada operação industrial na cadeia - base de cálculo poderá ser custo e não preço, observadas normas aplicáveis a valor de transferência	Possível apuração nacional (pelo menos parcial) pelo sócio ostensivo
ICMS	Sobre cada operação industrial na cadeia - base de cálculo poderá ser custo e não preço, observadas normas aplicáveis a valor de transferência	Possível apuração estadual pelo sócio ostensivo
PIS	Incidente uma única vez no faturamento, do sócio ostensivo	
COFINS	Incidente só no faturamento do sócio ostensivo	
CSSL	Segue mesma regra do IR	
CPMF	Pagamentos entre eles serão de valor menor, alguns possivelmente eliminados	

Há um vetor impulsionando a desmonetarização de todas as relações na cadeia,

que objetiva também reflexos de redução de custo, inclusive tributário, mediante a desoneração do capital de giro, e, adicionalmente, a redução da incidência da CPMF.

Há um outro vetor, no sentido contrário. Como se sabe os resultados da SCP são isentos do imposto sobre a renda para os sócios. Este vetor promoveria a contribuição do *Patrimônio Especial* com o pagamento, em cada elo, dos custos de cada operação (uma vez que só assim o sócio poderá compensar receita com despesa), e desta forma, ao contrário do vetor anterior, pressionando para a monetarização dos elos da cadeia.

## **XII-A Elaboração do contrato**

A formatação de contrato de sociedade em conta de participação, ou dos contratos que compõem a modelagem total, é tarefa complexa e depende de testes de campo, e comprovação da viabilidade das alterações propostas. Não há minutas prontas confiáveis. A sociedade em conta de participação acontece de fato, nos livros contábeis e fiscais, nas planilhas de custo, na formação dos preços e no dimensionamento do risco.

## **XIII - Notas sobre a Governança e os controles**

É fundamental, também, estabelecer nos contratos, as regras de governança, relatórios, transparência e controle das contas da SCP. No silêncio, o Sócio Ostensivo decide. Na integração de uma cadeia produtiva, parece-nos que em matérias específicas tais como política industrial, logística, meio-ambiente, relacionamento com órgãos governamentais, o interesse dos sócios participantes poderá não ser trivial.

Justifica-se, portanto, o estabelecimento de regras de governança. Possivelmente um comitê central, um comitê financeiro e um comitê de logística, no mínimo.

[Rodrigo S. Muzzi é sócio de **Advocacia Muzzi**]

[Boletim Informativo preparado pela **Advocacia Muzzi** - não é Parecer Jurídico do Escritório que possa suportar decisões em casos concretos]

[Direitos Autorais reservados á **Advocacia Muzzi**]