Copyright 2015 By Editora Noeses
Fundador e Editor-chefe: Paulo de Barros Carvalho
Gerente de Produção Editorial: Rosangela Santos
Arte e Diagramação: Renato Castro
Designer de Capa: Aliá3 - Marcos Duarte
Revisão de Capa: Semíramis Oliveira
Revisão (segundo o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009): Eunice A. Jesus

CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Prado, Roberta Nioac.

E46

Empresas Familiares: uma visão interdisciplinar/Roberta Nioac Prado (coordenação). – São Paulo: Noeses, 2015.

502 p.

ISBN 978-85-8310-036-2

1. Direito Empresarial. 2. Empresa familiar. 3. Patrimônio

I. Prado, Roberta Nioac. II. Rodrigues, Marcelo... [et al.]. III. Título

CDU-347.7:334.722

Março de 2015
Todos os direitos reservados

editora e livraria NOESES

Editora Noeses Ltda.
Tel./fax: 55 11 3666 6055
www.editoranoeses.com.br

Roberta Nioac Prado

(Coordenação)

GEEF – Grupo de Estudos de Empresas Familiares da Direito GV/GVlaw

EMPRESAS FAMILIARES
UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

Xarem Jureidini Dias

grupo AGIS CONSTRUTORA FERREIRA GUEDES

pwc

FGV DIREITO SP ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

editora e livraria NOESES

2015

PAPA JOÃO XXIII. *Encíclica Mater et Magistra*, 1961.

PARIZZATO, João Roberto. *Responsabilidade patrimonial*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PENTEADO, Claudio Camargo. *Empresas off shore*. São Paulo: Pillares, 2004.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

RUSSEL, Bertrand. *A história do pensamento ocidental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1996.

SENNA, José Julio. *Os parceiros do rei*. 2. ed. Rio de Janeiro: TopBooks, 1995.

SHINGAKI, Mauro. *Gestão de impostos para pessoas físicas e jurídicas*. São Paulo: Saint Paul, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

13. CONSÓRCIO, SCP, SPE E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Karem Jureidini Dias[1]

Introdução

Nosso objetivo é analisar determinadas estruturas societárias – Consórcio, Sociedade em Conta de Participação, Sociedade de Propósito Específico e Sociedade de Fato – e suas respectivas implicações fiscais.

Antes de tratar de cada uma das figuras societárias que nos propusemos a analisar, iniciamos com considerações sobre a temática do Planejamento Tributário. Considerando que o Planejamento Tributário é aqui analisado em face das estruturas societárias, iniciamos por admitir que qualquer fato jurídico colhido para efeitos fiscais é sempre produto do encadeamento de suportes fáticos que, em relação de includência, denotam o fato sujeito à tributação. Dentre esses suportes fáticos podem estar justamente as figuras societárias que são caracterizadas segundo seus elementos denotativos, previstos no seu próprio regime jurídico.

1. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do IBET e dos Programas de pós-graduação da Direito GV/GVlaw. Conselheira do CARF. Membro da CSRF/MF. Advogada.

O Direito colhe inúmeras materialidades por suporte fático, desde que correspondam a uma versão jurídica. É suporte fático, portanto, apenas aquilo que está demonstrado em linguagem jurídica.

Conforme já escrevemos, o que produz eficácia jurídica no âmbito fiscal é somente o fato jurídico tributário. Os seus suportes fáticos - a exemplo dos atos societários - isoladamente só produzem eficácia jurídica para os fins a que se destinam. Por exemplo, o ato jurídico de uma compra e venda, enquanto suporte fático do fato jurídico tributário, não produz eficácia jurídica tributária, mas de ordem cível. O que ocorre é que a existência e os efeitos do referido ato jurídico implicam, em maior ou menor grau, na avaliação da ocorrência ou não do fato imponível no âmbito fiscal ou do fato oponível ao Fisco (planejamento tributário).

Na medida em que o fato jurídico é composto por um encadeamento de outros fatos jurídicos lato sensu, inclusive de negócios jurídicos, perquirimos, para fins da análise dos planejamentos tributários: os vícios dos negócios jurídicos importam para o Direito Tributário? Em nossa defesa de tese[2], procuramos demonstrar que os elementos que viciam um negócio jurídico, por nulidade ou anulabilidade, relacionam-se com o fato jurídico tributário sob três aspectos epistemológicos.

Em primeiro lugar, o vício de um negócio jurídico não pode ser adotado como causa de tributar, porquanto se insere na classe dos elementos previstos no ordenamento jurídico para as relações jurídicas *ex voluntate*, ao passo que a atividade de constituição do crédito tributário é *ex lege*.

Em segundo lugar, o vício de nulidade ou anulabilidade de um negócio jurídico que compõe, como suporte fático, o fato jurídico tributário, não impede a sua configuração. Lembramos que no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que o ato seja declarado nulo, se a norma tributária toma por

2. DIAS, Karem Jureidini. Fato Jurídico Tributário em atos de Revisão. 2011.

suporte fático os efeitos gerados, tais efeitos estão habilitados a ocupar a posição sintática de suporte fático do fato jurídico tributário.

Por fim, em mesmo raciocínio coerente, o inverso é verdadeiro: o vício eventualmente existente em um dado negócio jurídico não o torna, *ipso facto*, insuficiente para o aproveitamento, pelo contribuinte, de seus efeitos fiscais. Em suma, o vício de um determinado negócio jurídico não é alegação suficiente para tornar o "planejamento fiscal" inoponível ao fisco. A prova fiscal do fato jurídico tributário depende, no mínimo, da demonstração cumulativa de que os critérios adotados para a desqualificação do ato para efeitos fiscais e para a qualificação de outro ato que se pretende tributar têm pertinência jurídica (conforme os elementos que o conceituam no ramo próprio do direito) e que existe, no mínimo, diferença de tributo devido.

É o regime jurídico próprio do ato (negócio jurídico) examinado que prescreve se o que prevalece para efeitos de caracterização de um negócio é a forma como ele se apresenta ou a sua causa. As estruturas societárias são negócios causais, sendo a causa elemento determinante para a qualificação do negócio jurídico. Nessa medida, um negócio produz efeitos de oponibilidade ao Fisco se a causa é comprovável sendo que, para tanto, os elementos denotativos do negócio devem equivaler ao que empiricamente se realizou. Deve ser possível identificar que foram minimamente suportadas as consequências jurídicas previstas para aquele determinado ato. Isto não quer dizer que o que importa é a sua substância econômica, por exemplo. Ao contrário, o que importa, é o confronto entre as consequências empiricamente verificáveis (quando da fiscalização) e o que se prevê no ordenamento jurídico como causa determinante do negócio jurídico.

Dito isso, importa-nos esclarecer que para a fiscalização afastar a prova formal do negócio jurídico, faz-se necessária a comprovação de que não há prova da ocorrência do elemento causal que denota o negócio jurídico ou que a sua consequência

foi diversa daquela prevista pelo seu próprio regime jurídico. E nem poderia ser de outra forma, sob pena de se resumir a análise do planejamento tributário a uma averiguação fiscal de cunho meramente axiológico. Isto seria inadmissível posto que, de um lado, o crédito tributário é indisponível e, de outro lado, a tributação não pode ocorrer senão *ex lege*.

13.1. Dos fatos e atos jurídicos

Conforme já escrevemos outrora,[3] os acontecimentos que acarretam efeitos jurídicos são fatos jurídicos. Além dos fatos naturais, que independem da vontade humana, existem os fatos voluntários e os atos jurídicos, divididos em lícitos e ilícitos. Para os atos jurídicos materiais, o Código Civil manda que se lhe aplique a disciplina dos negócios jurídicos, no que couber, sendo certo que em tais atos é irrelevante para o direito a vontade de praticá-los.

Já no que tange aos negócios jurídicos, conforme nos ensina Silvio de Salvo Venosa,[4] estes compreendem "*uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico*". Assim, o negócio jurídico se caracteriza pela declaração da vontade destinada à produção de determinado efeito jurídico. Somente a vontade factualmente externada – juridicamente comprovada – qualifica o negócio jurídico, porque é prova da causa do ato, sendo que esta (causa) não se confunde com os seus motivos.

Importante questão gira em torno da possibilidade de, por meio da análise da causa, nos negócios causais, aferir o regime jurídico que deve orientar a interpretação do ato

3. DIAS, Karem Jureidini. Fato Tributário. Revisão e Efeitos Jurídicos. São Paulo: Noeses. 2013, p. 191

4. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, parte geral, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2009, p. 324

jurídico, inclusive para fins de oponibilidade ao Fisco.

Pontes de Miranda conclui que é na experiência, no dado concreto, na prova da existência do negócio jurídico que se lhe tomará o negócio formalmente apresentado como suporte fático, positivo ou negativo, para a constituição do fato jurídico tributário. Diz ele que o "acordo sobre a causa não basta a que a causa se estabeleça, se não há o elemento objetivo da adequação à causa".[5]

Em síntese, os fatos jurídicos lato sensu que importam para a materialidade do fato jurídico tributário são (i) os acontecimentos (fatos naturais) que acarretam efeitos jurídicos, de forma direta ou indireta, e (ii) os fatos voluntários em sentido amplo. É o regime jurídico próprio do ato examinado que prescreve se é a forma ou a causa que prevalece como prova de sua existência e qualificação. A causa não se confunde com o motivo ou a intenção do agente. Quando a causa é elemento determinante do negócio jurídico, ele equivale ao que empiricamente se realizou, pressupondo que devem ser suportadas as consequências jurídicas do ato.

Feitas tais considerações, passamos a discorrer sobre cada uma das estruturas societárias em análise ressaltando suas características e aspectos fiscais, ilustrados por vezes através de citação de casos práticos.

13.2. Consórcio

13.2.1. Definição

Até o início da vigência do Novo Código Civil, a Lei das Sociedades Anônimas (6.404/76) funcionava como espécie de Lei Geral das sociedades comerciais. No entanto, o Novo Código Civil pretendeu abranger em seu corpo grande

5. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, prefácio e parte geral – tomos I a IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsói, 1954, p. 94.

parte da matéria das sociedades empresárias, antes designadas comerciais.

Curiosamente, contrariando a tendência mencionada, os consórcios não foram disciplinados pelo Novel Código, permanecendo a Lei n° 6.404/76 como sua sede legal. Nas palavras de Guerreiro[6]

> *"No que concerne aos consórcios, é incontroverso poderem agregar sociedades anônimas e sociedades de outros tipos, o que seria motivo mais que suficiente para remover sua disciplina legal para o Código Civil, que assim deveria ter passado à condição de sede legal do instituto, o que, contudo, não veio a acontecer. Os consórcios continuam a existir sob a égide da Lei de Sociedades por Ações, apesar de esta lei estar agora vocacionada a ser lei especial, aplicável às sociedades anônimas, sendo certo, por outro lado, que o consórcio não é sociedade anônima, nem modalidade de sociedade anônima, nem ainda espécie de associação privativa das sociedades anônimas".*

O consórcio, que é uma aliança estratégica entre as empresas consorciadas para fazer algo que não poderiam fazer sozinhas, ou que fazem melhor em conjunto, permanece com sua sede legal nos artigos 278 e 279 da Lei n° 6.404/76. Referidos dispositivos legais determinam que "*as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento*". Dessa definição já se depreende que não se pode ter como consorciada uma pessoa física, podendo as empresas serem ligadas ou não, sendo certo que a aliança estratégica deve vislumbrar um determinado objeto (empreendimento).

Nas lições de Modesto Carvalhosa:

> ***O consórcio forma-se para agregar meios para a consecução de um fim próprio (consórcio operacional) ou para habilitar as consorciadas - com a soma de seus recursos e aptidões - a contratarem com terceiros serviços e obras (consórcio instrumental).*** *O consórcio decorre* ***de um contrato plurilateral firmado entre duas ou mais sociedades com atividades afins e complementares,*** *visando a agregar meios capazes de levá-las a desenvolver atividades, pesquisas (consórcio operacional), ou capacitá-las a contratar com terceiros a execução de determinados serviços, obras, ou concessões (consórcio instrumental).* ***Trata-se de uma comunhão de interesses, de objetivos e de atividades que não poderiam ser alcançados na esfera individual de cada empresa, e que, por isso, demanda a agregação de recursos e de aptidões para conseguir um determinado objetivo, de natureza operacional ou instrumental..***[7]

6. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Regime Jurídico do Consórcio *in* Revista de Direito Mercantil 138. p. 201.

O objetivo específico do consórcio pode visar o exercício de uma determinada e específica atividade, que somente será desenvolvida pelas sociedades consorciadas, como pode ser um empreendimento específico, a exemplo das obras, concessões e licitações.

O próprio Código Civil não deixou de abordar a finalidade específica que existe numa aliança (contrato) entre pessoas, no caso sociedades:

> *Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*
>
> *Parágrafo único.* ***A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*** *(grifos nossos)*

A particularidade do consórcio é que este deve se referir a uma associação empresarial, a nosso ver, de caráter temporário e uninegocial. Aliás, o rigor formal da terminologia tem sua razão de ser, porquanto não se confunde o consórcio – empreendimento específico e temporário – com o exercício permanente de determinada atividade, sendo este o objetivo da própria empresa, e que será regulamentada segundo as disposições do Código Civil. O risco de um consórcio sem definição ou sem possibilidade de definição de lapso temporal

7. CARVALHOSA. Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas". 4° Vol. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo. 2003. Pág. 386.

é comprometer-lhe a própria essência, mormente se não definido um empreendimento específico. Noutras palavras, na ausência de empreendimento específico e/ou período certo de tempo, pode-se ter o risco da caracterização de uma sociedade de fato, mudando-se inteiramente o regime de responsabilidade de cada um dos consorciados.

Isto porque, no parágrafo 1° do artigo 278 da Lei das S.A. resta bastante claro que o consórcio não tem personalidade jurídica e que, ao menos no âmbito cível, não há solidariedade entre as empresas consorciadas. Nesse sentido Alberto Xavier define o consórcio como o:

> *"contrato pelo qual duas ou mais sociedades se obrigam, entre si, de forma coordenada, a executar determinado empreendimento, sem que desse contrato resulte a criação de um novo ente dotado de personalidade jurídica".* [8]

Por essa razão que, se descaracterizado o consórcio, ter-se-ia uma sociedade de fato e estaria afetada a responsabilidade daqueles que se pretenderam consorciados, já que não se teria uma sociedade constituída segundo um dos tipos regulados pelo Código Civil, como previsto no seu artigo 983.[9]

No que tange à ausência de personalidade jurídica, apesar desta, o consórcio tem contrato registrado e CNPJ. O contrato deve ser arquivado no registro do comércio do lugar da "sede do consórcio", desde que aprovado pelo órgão da sociedade consorciada autorizada a alienar bens do ativo não circulante. Referido contrato deve prever a designação do consórcio, o seu objeto (empreendimento específico), o tempo de duração, o endereço, a forma de deliberação e número de votos que cabe a cada consorciado, a definição das respectivas obrigações e responsabilidades, a forma de administração, além da

8. Natureza Jurídica e Regime Tributário, In Revista Dialética de Direito Tributário, 64 / 7

9. Art. 983 Código Civil. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

contribuição de cada consorciado dentre outros aspectos. Vê-se, portanto, que apesar de não possuir personalidade jurídica, o consórcio tem desde nome a endereço, passando por definições bastante próximas a de uma sociedade empresária.

Bastante peculiar o tratamento conferido ao consórcio. A ausência de personalidade jurídica implicaria *per se* na ausência de capacidade de ter direitos e contrair obrigações. Nada obstante, é possível que haja contratação e até retenções tributárias feitas pelo próprio consórcio. Além disso, a despeito de não ter personalidade jurídica, o consórcio possui necessária inscrição no cadastro nacional das pessoas jurídicas – CNPJ.

Para efeito de capacidade de ter direitos e contrair obrigações, mormente no âmbito fiscal, tem-se a figura da *empresa líder*, que é a consorciada que tem mandato para agir pelo consórcio. Inclusive quando há pleito de direito material junto ao Poder Judiciário, de acordo com a atual jurisprudência, por exemplo, não é necessário o litisconsórcio de todas as consorciadas, exigindo-se para a legitimidade do polo ativo apenas a empresa líder do consórcio.

O consórcio não figura como uma efetiva sociedade, ao contrário, segrega os riscos de um determinado negócio, na medida em que desvincula completamente a responsabilidade das consorciadas. Cada uma tem uma determinada contribuição e faz jus aos créditos respectivos, pagos na forma do contrato de consórcio. Tanto assim que a falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o próprio consórcio. Também a responsabilidade tributária das empresas consorciadas é relativa à sua participação no empreendimento, existindo apenas específicas previsões de responsabilidade solidária.

Há específica previsão de responsabilidade solidária para fins fiscais entre as consorciadas, pelas retenções efetuadas pela empresa líder ou pelo consórcio, em contratações realizadas em nome do consórcio (o que já é atípico considerando

a ausência de personalidade jurídica), sendo que tais contratações podem ser com ou sem vínculo empregatício[10].

Há também previsão específica de solidariedade em se tratando de contrato com a Administração Pública, porquanto regido pela lei das licitações, que exige, em face do direito público, atuação conjunta das empresas consorciadas.

Retornando à regra geral aplicável ao consórcio quanto à responsabilidade não solidária, vale repisar que os regimes de responsabilidade são absolutamente distintos entre as sociedades não personificadas e os consórcios. Para tanto, bastante esclarecedoras as palavras de José Alexandre Tavares Guerreiro[11], segundo o qual:

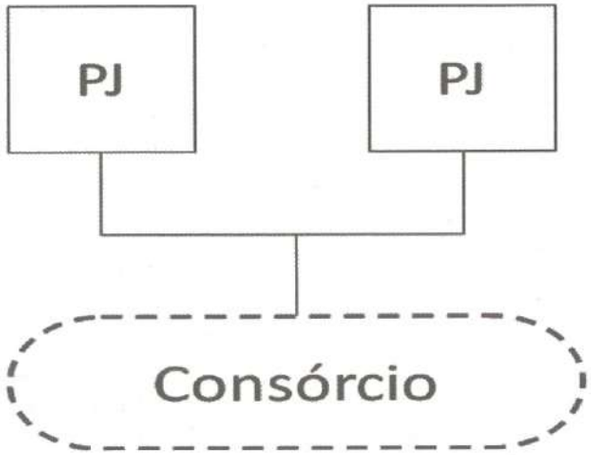
> *"No sistema do Código Civil, vale o princípio da responsabilidade solidária e ilimitada entre os sócios pelas obrigações sociais, com relação às sociedades não personificadas e particularmente com relação* àquelas cujos atos constitutivos não tenham sido submetidos ao registro próprio *(sociedade em mão comum, art. 990). É exatamente essa responsabilidade solidária e ilimitada que se elide no consórcio, devidamente constituído e dado à regular publicidade mediante o registro, não se podendo falar em obrigações sociais, como se houvesse sociedade, no instituto consorcial. A este se aplicam, especificamente, as regras constantes dos §§ 1° e 2° do artigo 278 da Lei de Sociedades por Ações, em oposição à norma do referido art. 990 do Código Civil."*

Por tal razão é que se lembra da importância do registro como condição formal indispensável à regularidade do consórcio, na medida em que fixará o regime patrimonial e obrigacional aplicável ao instituto.

10. Artigo 1° da Lei 12402/11 Art. 1º As empresas integrantes de consórcio constituído nos termos do disposto nos arts. 278 e 279 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, respondem pelos tributos devidos, em relação às operações praticadas pelo consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento, observado o disposto nos §§ 1o a 4o.

11. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Regime Jurídico do Consórcio *in* Revista de Direito Mercantil 138. p. 205

Graficamente, podemos conceber um consórcio conforme a seguinte figura:



13.2.2. Vantagens e desvantagens na adoção da estrutura societária

O consórcio é uma espécie de aliança que possibilita obtenção de ganhos em escala, na medida em que favorece o compartilhamento de recursos – financeiros, de *know how*, de tecnologia, etc. - bem como torna possível a complementariedade entre as atividades desenvolvidas pelas sociedades consorciadas.

A associação via consórcio também reduz custos, pelas mesmas razões já expostas, e reduz riscos aos associados do empreendimento, mormente porque eles não são obrigados a tornarem-se sócios, com todos os riscos disso decorrentes, permanecendo cada qual com sua obrigação e respectiva contrapartida. Tem-se, assim, a possibilidade de uma ação conjunta perante terceiros para determinados fins, preservando a autonomia patrimonial, ao mesmo tempo em que resta garantido o direito de saída de uma empresa consorciada de forma

mais flexível que em uma sociedade. O fato de não ser necessário uma efetiva sociedade também favorece aqueles que querem um menor grau de intensidade de compartilhamento. Além disso, o consórcio permite calibrar o aporte de cada sócio, sem ter que recorrer à figura do ágio ou deságio. Também não podemos esquecer que o consórcio é muitas vezes necessário ou recomendável para apresentar credibilidade junto ao mercado, tanto assim que, até para preservar a segurança da conclusão das obras de grande vulto, a Administração Pública exige a figura do consórcio, garantindo que há capacidade para a entrega do empreendimento.

Por fim, no âmbito fiscal também há efetiva vantagem na adoção do consórcio em face de uma outra forma de trabalho em parceria, garantindo-se legalmente que reste afastada a bitributação das empresas consorciadas, na medida em que cada empresa consorciada reconhecerá as suas receitas e despesas, conforme se verifica mais adiante, quando tratarmos dos aspectos fiscais.

Contudo, é exatamente no âmbito fiscal que se apresentam as maiores desvantagens hoje vivenciadas pelas empresas consorciadas dentre as quais importa salientar: (i) o aumento dos custos operacionais relativos à escrituração fiscal (nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.199/2011); (ii) a burocracia fiscal, especificamente aquela representada pela obrigatoriedade de consolidação de toda a escrituração do empreendimento efetuada por cada consorciado em cada lugar do mundo; (iii) e o consequente risco de descumprimento de obrigações acessórias, com a imposição de penalidades cabíveis.

13.2.3. Aspectos fiscais

O regime tributário inerente aos consórcios deve refletir o regime tributário de cada uma das pessoas jurídicas consorciadas, que devem apropriar receitas, custos e despesas relativamente à sua participação no empreendimento, conforme documento arquivado no órgão de registro. Além disso, nos termos do disposto na Instrução Normativa RFB nº 1.199/2011, o registro contábil das operações deve ser mantido pela empresa líder por meio de escrituração segregada, ou em contas ou subcontas distintas ou em livros próprios para o consórcio.

Justamente porque o consórcio não tem personalidade jurídica própria,[12] a legislação[13] determina que a responsabilidade tributária das empresas consorciadas seja proporcional e respectiva à sua participação no empreendimento.

É nesse sentido que a Receita Federal já, por diversas vezes, se manifestou asseverando que, para efeito de cálculo da COFINS – Contribuição então devida sobre o Faturamento –, o reconhecimento deve ser correspondente a cada consorciada, independentemente de ter sido emitida uma única nota fiscal, por exemplo, pelo consórcio ou pela empresa líder. Vejamos algumas Soluções de Consulta / Divergência.

- **Solução de Consulta nº 207, de 26/07/2001:**

  Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

  Ementa: Consórcio de empresas. Nacional e estrangeira. Autonomia das consorciadas. O consórcio, constituído nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei das SA, não possui personalidade jurídica pró-

12. Lei 6.404/76. Art. 278, § 1º: *O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.*

13. Lei 12.402, de 02 de maio de 2011.

pria, mantendo-se a autonomia jurídico-tributária de cada uma das consorciadas. Devido à autonomia que cada empresa mantém apenas a parcela correspondente à participação da consorciada irá compor a base de cálculo da COFINS por ela devida. Dispositivos Legais: Lei 6404/76, arts. 278 e 279; ADN CST 21/84.

- **Solução de Divergência nº 06, de 23/05/2003:**
  Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

  Ementa: As empresas consorciadas, na forma da Lei nº 6.404, de 1976, são contribuintes da COFINS, proporcionalmente à sua participação no consórcio, devendo recolher a contribuição em seus respectivos nomes e CNPJ.

Fiscalmente, a exceção a essa relação é a previsão de responsabilidade solidária entre as consorciadas pelas retenções efetuadas, com ou sem vínculo empregatício, conforme disposição da Lei n° 12.402, de 02 de maio de 2011.[14]

13.2.4. Análise de caso

- **Ementa do Acórdão 204-03.509, da Quarta Câmara do então Segundo Conselho de Contribuintes, em sessão de 09/10/2008.**

14. "**Art. 1°** As empresas integrantes de consórcio constituído nos termos do disposto nos arts. 278 e 279 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, respondem pelos tributos devidos, em relação às operações praticadas pelo consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento, observado o disposto nos §§ 1o a 4o.
§ 1° O consórcio que realizar a contratação, em nome próprio, de pessoas jurídicas e físicas, com ou sem vínculo empregatício, poderá efetuar a retenção de tributos e o cumprimento das respectivas obrigações acessórias, ficando as empresas consorciadas solidariamente responsáveis.
§ 2° Se a retenção de tributos ou o cumprimento das obrigações acessórias relativos ao consórcio forem realizados por sua empresa líder, aplica-se, também, a solidariedade de que trata o § 1°.

CTN. CONVENÇÕES PARTICULARES. CONSÓRCIO. LEGITIMIDADE PASSIVA

As convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Muito embora a figura dos consórcios remeta à ideia da existência de um responsável pelo recolhimento dos tributos, as autoridades fiscais possuem entendimento pacificado de que o tributo é exigível de cada um dos integrantes do consórcio, sendo certo que as tratativas entre as consorciadas - as convenções particulares -, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública,[15] para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Tal foi o entendimento esposado pelo **Acórdão nº 204-03.509, da Quarta Câmara do então Segundo Conselho de Contribuintes, em sessão de 09/10/2008.**

Em apertada síntese dos fatos, a contribuinte autuada teria participado de consórcio visando licitação. A empresa líder do consórcio, que recebeu o pagamento integral das faturas repassou à impugnante a parte que lhe cabia, mas já procedeu à retenção do tributo, conforme identificou em fatura e recibos. Ocorre que não há para o caso previsão de substituição tributária e, em conformidade com o artigo 128 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade pelo crédito tributário só pode ser transferida a terceiro mediante expressa previsão legal. Ainda, consoante o artigo 123 do mencionado *Codex*, *"as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes"*.

15. Nesse sentido o artigo 123 do Código Tributário Nacional assim dispõe:
Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Nessa toada, a impugnante acabou sendo efetivamente condenada ao pagamento dos tributos na proporção do seu recebimento, ainda que anteriormente retidos pela empresa líder. Eventual duplicidade só foi eliminada relativamente aos recolhimentos efetivamente efetuados pelo consórcio ou pela empresa líder, em seu nome, que não deixaram de ser, na devida proporção, imputados de ofício à contribuinte impugnante. Ou seja, ainda que o consórcio seja oponível ao Fisco, a retenção efetuada pela empresa líder não se aplica em proteção dos consorciados, por falta de previsão legal. O mesmo raciocínio de imputação foi aplicado no Acórdão n° 204-02.775,[16] no qual restou asseverado que cada empresa consorciada deve apurar sua própria base de cálculo, proporcionalmente à sua participação no consórcio, podendo, a Receita Federal, no limite, imputar os valores confirmados como recolhidos por DARF, ainda que por outra sociedade.

Justamente preservando a validade do consórcio e do quanto nele compactuado, bem como a despesa proporcional ao encargo de cada consorciada, é que o Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscal – Tribunal Administrativo – concluiu que, em se tratando de despesa necessária à conclusão de uma determinada operação prevista como objetivo do consórcio, a mesma não pode ser glosada, *verbis*:

- **Acórdão nº 107-08.620, sessão de 21/06/2006:**

  "IRPJ – EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE TRANSAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO/ DÉBITO - CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS - "CHARGE BACK". Em se tratando de empresa líder de Consórcio que conjuga empresas administradoras de cartões de créditos e de débitos, e que, na qualidade de processadora das transações eletrônicas realizadas, faz jus a remuneração pactuada, assumindo obrigações, os custos ou despesas denominados de "CHARGE BACK", quando de sua responsabilidade, porque relativos a problemas verificados em estabelecimentos credenciados, nos termos do contrato pactuado, são despesas operacionais, dedutíveis na determinação do lucro real por se tratarem de encargos necessários, usuais e normais para o tipo de atividade desenvolvida.

16. "COFINS. RECOLHIMENTOS EFETUADOS POR CONSÓRCIOS. Devem ser considerados os recolhimentos da contribuição efetuados por consórcios, na proporção da participação das consorciadas, no cálculo dos valores devidos e não recolhidos. Recurso de ofício negado. (...)
RECOLHIMENTOS EFETUADOS POR CONSÓRCIOS. Os recolhimentos efetuados pelos consórcios, integrados pela contribuinte, devem ser reconhecidos como pagamentos efetuados, mas não como exclusão da base de cálculo. (...) Recurso voluntário negado."

13.3. Sociedade de propósito específico

13.3.1. Definição

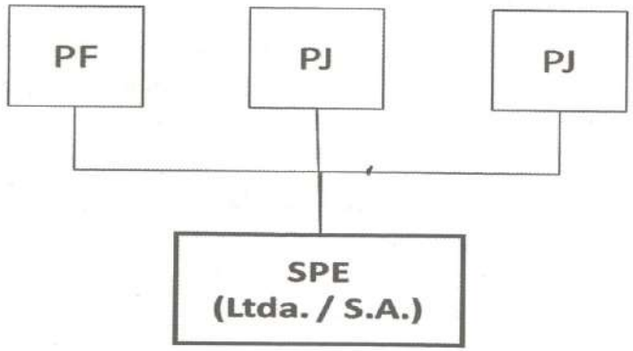
As Sociedades de Propósito Específico (SPE) possuem origem em institutos tipicamente norte-americanos, como a '*joint venture*', tratando-se de forma associativa, constituída conforme uma das modalidades prevista no Código Civil.

Por meio da SPE duas ou mais pessoas físicas e/ou jurídicas vertem suas habilidades, recursos financeiros, tecnológicos e industriais, entre outros, para executar objetivos específicos e determinados, enquanto reduzem seus custos.

A referência a este modelo societário na legislação brasileira pode ser encontrada no parágrafo único do artigo 981[17] do Código Civil, sendo largamente aceita em nosso ordenamento jurídico na estruturação de negócios.

A SPE, a despeito do que defendem alguns, buscando amparo no novo Código Civil, não é considerada uma sociedade mercantil tipificada pelo legislador brasileiro. Por esse motivo, para que possa existir, deve, como dito, revestir-se de uma das formas de sociedades tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas a Sociedade Limitada (Ltda.), a Sociedade Anônima (S/A), ou outra qualquer.

Nesse sentido, o tipo societário escolhido para amparar a SPE é que definirá as suas características básicas, já que deverão ser respeitadas as disposições legais de constituição e funcionamento do respectivo tipo societário. Considerando que possui personalidade jurídica, a SPE pode ser assim ilustrada, lembrando que o modelo de sociedade é que definirá a responsabilidade dos sócios.



17. **Art. 981.** Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.
Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

A SPE tem serventia na recuperação das empresas, uma vez que a Lei n° 11.101/05, no inciso XVI, do artigo 50, introduz a SPE como um meio de recuperação de empresa, afirmando que sua constituição terá por finalidade "*adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor*". Dessa forma, os créditos titularizados perante a sociedade empresária devedora serão pagos, ao menos parcialmente, mediante a entrega de seus ativos, desde que estes tenham sido previamente transferidos a título de integralização de capital social ou venda. Seria, na verdade, um desdobramento do meio representado pela dação em pagamento (inc. IX do art. 50), só que com a intermediação de uma SPE, constituída especialmente para servir à adjudicação.

Ainda, a SPE é uma exigência para se firmar contrato de Parceria Público-Privada, como previsto no artigo 9° da Lei n° 11079/2004 que assim dispõe "*Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria*". Por meio da SPE deve ser apresentada a garantia suficiente da execução com o ônus dos riscos envolvidos.

Por fim, de acordo com a Lei Complementar n°123/06, as Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte podem se unir por meio das SPEs exclusivamente para a realização de negócios de compra e venda de bens, tornando-se competitivas, tudo como alternativa à cooperativa de consumo.[18]

13.3.2. Vantagens e desvantagens na adoção da estrutura societária

A utilização das sociedades de Propósito Específico pode trazer diferentes vantagens e desvantagens, sendo melhor

18. Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda, de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal.

aplicada a determinadas situações. Dentre as vantagens desse tipo societário podemos citar que a sociedade pode adotar um dos regimes previstos no Código Civil, bem como pode escolher, conforme previsão legal, a forma de apuração do seu lucro para fins fiscais, decorrendo disso a distribuição de dividendos isentos de Imposto sobre a Renda.

Nada obstante, em se tratando de sociedade com personalidade jurídica, há todo o vínculo entre os sócios, inclusive com a solidariedade, ao menos no limite do capital social subscrito no empreendimento. Também em se tratando de Sociedade e, portanto, aplicável o princípio da entidade, é impossível a compensação de eventuais prejuízos ou créditos dos sócios com a sociedade e vice-versa, sendo certo que qualquer reavaliação fica sujeita a eventual ganho de capital ou ágio / deságio.

13.3.3. Aspectos fiscais

Uma vez constituída, a SPE adquire personalidade jurídica própria e, portanto, estrutura destacada das sociedades que a constituíram, diferentemente de uma Sociedade em Conta de Participação (SCP), como adiante tratado.

Por se tratar de sociedade com personalidade jurídica, constituída nos moldes do Código Civil, segue as regras gerais de responsabilidade tributária do Código Tributário Nacional, além de disposições legais específicas, como nos casos de Parceria Público-Privada[19] e de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte[20].

Dessa forma, a responsabilidade dos sócios da SPE será

19. Artigo 9º da Lei nº 11.079/2004: "Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria."

20. Artigo 56 da Lei Complementar nº 123/2006: "As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal."

determinada pelo tipo societário escolhido: se constituída sob a forma de LTDA, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social (art. 1052 do Código Civil) ou se constituída sob a forma de uma S/A, a responsabilidade dos acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º da Lei 6.404/76), por exemplo.

As SPEs podem, inclusive, adotar um dos regimes tributários previstos para as Pessoas Jurídicas de um modo geral, assim como a depender das atividades e da forma de apuração do lucro escolhida ou obrigatória, no caso de lucro real obrigatório, seguir-se-á a modalidade prevista na legislação para a apuração do PIS/COFINS, nos regimes cumulativo ou não-cumulativo, cumprindo todas as obrigações acessórias estatuídas em Lei.

13.4. Sociedade de fato

13.4.1. Definição

A terminologia "sociedade de fato" é utilizada pela doutrina para designar aquela sociedade que não possui os atos formais de constituição. Átila de Souza Leão Andrade segrega apenas por denominação as sociedades que não possuem contratos daquelas que o possuem, mas não os tem devidamente registrados: [21]

> "As sociedades em comum seriam aquelas hoje identificadas pela doutrina, como as sociedades irregulares ou de fato. Portanto, seriam aquelas sociedades onde inexistem contratos sociais (no caso das sociedades de fato) ou se existem não foram registrados (como no caso das sociedades irregulares)".

21. ANDRADE, Átila de Souza Leão. Comentários ao novo Código Civil. V.4. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 44

A sociedade de fato não preenche o requisito do artigo 985 do Código Civil, que assim dispõe: "*a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos*". É por isso que, conforme ensina Rubens Requião, as mesmas não possuem legitimidade processual ativa para o pedido de falência de outra sociedade, assim como não podem requerer judicialmente sua própria recuperação judicial.[22]

Considerando que a aquisição de direitos é consequência da observância das normas e respectivas exigências legais, enquanto que a imposição de deveres, como é o caso da responsabilidade, existe em razão do fato, independentemente de outra formalidade, a sociedade de fato fica sujeita à tributação, assim como ao lançamento de ofício e demais atos coativos para a cobrança do crédito tributário. Em razão da falta de requisito formal de constituição, há na sociedade de fato a responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais, inclusive em face dos credores da sociedade que se tornam também credores dos sócios.

Por tudo quanto exposto, não há que se falar em vantagens ou desvantagens, já que se tem na sociedade de fato o exercício de uma efetiva sociedade entre os sócios que, entretanto, não adquirem os direitos decorrentes de uma determinada modalidade de sociedade em razão do descumprimento dos seus requisitos formais de constituição. Nada obstante, esta irregularidade não significa, por si só, que há fraude ou simulação, tampouco que se configurou utilização de interposta de pessoa. Contudo, quando há utilização de pessoa jurídica de modo fraudulento ou união de pessoas físicas ou jurídicas em conluio para o desenvolvimento de uma atividade, simulando de forma a evitar a caracterização de estabelecimento, a fim de dificultar a cobrança do credito tributário, tem-se, via de regra, a prova da utilização de uma sociedade de fato com

22. REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. V.1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 262.

recurso à interposição de pessoa de modo fraudulento.

13.4.2. Aspectos fiscais

Como dito, a sociedade de fato, não pode e não deve fugir à tributação. O próprio regulamento do Imposto sobre a Renda assevera que são contribuintes do imposto todas as pessoas jurídicas, inclusive as sociedades não registradas. No mesmo sentido decorre toda a legislação fiscal, sujeitando ao exercício regular da fiscalização tributária inclusive o local onde o contribuinte desenvolve atividades de gestão empresarial ou de processamento eletrônico de suas operações, ainda que não inscrito.

Peculiaridade importante é que na sociedade de fato, muitas vezes, em razão da própria informalidade que lhe permeia, não há a escrituração de livros fiscais e a guarda de documentos necessários à apuração das receitas, do lucro e das operações de um modo geral. Nesses casos, até pelo princípio da indisponibilidade do crédito tributário, a sua constituição há que ser efetuada de ofício pela fiscalização, valendo-se esta, como última alternativa, do arbitramento da receita e/ou do lucro, conforme o caso. Não são poucas as decisões que caminham no sentido de que, tratando-se de uma sociedade de fato que não possui, portanto, escrituração regular, justifica-se o arbitramento dos lucros e das receitas, a partir dos dados e da documentação colhida pela fiscalização que evidencie tal sociedade. A jurisprudência[23] também assevera que a falta de registro tem por efeito a comunhão patrimonial e jurídica da sociedade e de seus membros (sócios de fato).

23. A exemplo do acórdão nº 107-06423, sessão de 16/10/2001

13.4.3. Análise de casos

- **Acórdão nº 103-22.724 , sessão de 09/11/2006:**

"IRPJ - SOCIEDADE DE FATO - LUCRO REAL - OMISSÃO DE RECEITA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Comprovada a existência de sociedade de fato e, inexistindo escrituração comercial e fiscal, improcedente a exigência de Imposto de Renda com base no lucro real e da Contribuição social sobre o lucro líquido.

PIS E COFINS - OMISSÃO DE RECEITA - comprovada a receita bruta, a partir da presunção legal do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, correta a exigência dessas contribuições".

No acórdão acima mencionado o contribuinte foi autuado em razão da omissão de receita pela falta de comprovação da origem dos recursos utilizados nos depósitos bancários identificados junto às instituições financeiras.

Solicitado a apresentar os extratos bancários, bem como o comprovante da entrega da Declaração de Rendimentos, foi constatada a existência de um segundo titular da conta-corrente, o que levou a fiscalização, no decorrer de seu trabalho, a constatar a existência de uma sociedade entre ambos os correntistas.

Entendendo a fiscalização tratar-se de uma sociedade de fato, tributou-os pelos rendimentos obtidos. O Tribunal Administrativo, analisando o caso, entendeu que a contribuinte, que não possuía escrituração, visto tratar-se de uma sociedade de fato, jamais poderia ser submetida à tributação com base em um lucro real inexistente, pelo que deveria o fisco ter efetuado o arbitramento do lucro e, nessa medida, cancelou a exigência por indevidamente calculada, do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Restaram mantidas, contudo, as exações relativas ao PIS e à COFINS, já que diretamente incidentes sobre a receita bruta.

- **Acórdão 1.104.064/RS – STJ 1ª Turma, julgado em 02/12/2010**

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPETITIVO. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA ATESTANDO A INEXISTÊNCIA DE FUNCIONAMENTO DA SOCIEDADE EXECUTADA NOS ENDEREÇOS INDICADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA PATRIMONIAL DA SOCIEDADE. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A responsabilidade pessoal do sócio funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. (...)

4. Doutrina abalizada situa a dissolução irregular como hipótese de infração à lei, contida no caput do art. 135 do CTN, que prescreve as condutas dolosas ensejadoras da responsabilidade pessoal do agente, litteris: 'A lei referida no artigo 135 do Código Tributário Nacional é a lei que rege as ações da pessoa referida. Assim, como o inciso I do artigo em evidência traz para sua guarda todos os sujeitos referidos no artigo anterior, teremos que a lei será a do pátrio poder para os pais, a da tu-

tela e curatela para os tutores e curadores, (...) a comercial para dissolução de pessoas jurídicas e para os sócios no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Para os demais, aqueles arrolados nos outros incisos do artigo 135, será também sua lei de regência. Assim, para os administradores de empresas (gerentes, diretores etc), será a lei comercial. (...) E infração de lei? É qualquer conduta contrária a qualquer norma? Queremos crer que não. É infração à legislação societária, na mesma linha dos outros elementos do artigo. Um caso sempre lembrado de infração de lei é o da dissolução irregular da sociedade, ou o funcionamento de sociedade de fato (não registrada nos órgãos competentes)' (Renato Lopes Becho, in Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária, Ed. Dialética, SP, 2000, p. 176/178). (...)".

Diversamente do caso anteriormente abordado, o julgado em questão se coloca apenas para análise da possibilidade de redirecionamento da execução para o sócio gerente, em razão da existência de uma sociedade de fato, em suma, da confusão patrimonial que se teria no caso. O bem fundamentado acórdão trata, portanto, da responsabilidade pessoal do sócio que, inclusive, permite o redirecionamento de execução fiscal.

A responsabilidade pessoal do sócio, prevista no artigo 135 do CTN, não deve decorrer da simples insuficiência de bens da empresa, até porque não se trata de responsabilidade subsidiária, mas pessoal. Para tal responsabilidade demanda-se infração à legislação societária que, nos termos do acórdão em referência, é a hipótese de uma dissolução irregular da sociedade ou do funcionamento de sociedade de fato, não registrada nos órgãos competentes.

13.5. Sociedade em conta de participação

13.5.1. Definição

Dentre os tipos societários previstos no Código Civil de 2002, um deles chama a atenção por sua agilidade e ausência de excessiva formalidade, já que não é necessário o registro em órgão governamental específico.[24] Esta é a Sociedade em Conta de Participação (SCP), prevista nos artigos 991 a 996 do referido diploma legal.

O artigo 991 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) define as Sociedades em Conta de Participação como aquelas em que "*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*". Além disso, o artigo 993 da mesma Lei dispõe 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*".

Trata-se de sociedade não personificada (sem personalidade jurídica), sem denominação social ou sede, sendo, portanto, invisível a terceiros, ligando interesses comuns destinados a uma mesma finalidade, sem formalidades excessivas, e com a repartição dos resultados entre as partes, por meio da distribuição de lucros.

Justamente porque não há forma de lhe conferir personalidade jurídica é que, perante terceiros, o objeto social da Sociedade em Conta de Participação é exercido exclusivamente pelo sócio ostensivo em seu nome e sob sua responsabilidade. Eventual contrato social produz efeito somente entre os sócios, para fins de especialização patrimonial. Mas é a regularidade e a conduta do sócio ostensivo que determinará

24. Exceto, naturalmente, a recente obrigatoriedade de inscrição no CNPJ, introduzida pela Instrução Normativa RFB nº 1.470, de 30 de maio de 2014.

o exercício regular da Sociedade em Conta de Participação, tanto assim que a falência do sócio ostensivo extingue a SCP, que é abaixo graficamente ilustrada:

Quanto à duração, a Sociedade em Conta de Participação pode ser momentânea (quando há prazo determinado de sua vigência), acidental (quando existe a prática característica de uma SCP sem a devida formalização contratual) ou de caráter permanente (quando o ato constitutivo não limite sua existência).

13.5.2. Vantagens e desvantagens na adoção da estrutura societária

Independentemente da definição de sua natureza jurídica, as SCP`s possuem imensa valia no mundo dos negócios, conforme menciona Ricardo Negrão:

> "o Código Civil de 2002 tornou interessante a adoção da sociedade em conta de participação, regulamentando a natureza especial da contribuição do sócio oculto, denominando-o sócio participante, e permitindo sua habilitação como credor quirografário na falência do sócio ostensivo.»[25]

Seus valores são também destacados por Carlos Guimarães de Almeida:

> "É um tipo de sociedade de incontestável virtuosidade e, até mesmo poder-se-ia dizer, indiscutível virtualidade. Sociedade oculta, desprovida de personalidade moral, é sempre chamada a preencher o vazio jurídico, para reger situações novas decorrentes da contínua evolução das atividades mercantis.
>
> (...)
>
> a sociedade em conta de participação, ao contrário do que se possa pensar, tem sido e pode ser de grande utilidade no mundo de negócios.
>
> Seus característicos principais, que afinal se traduzem numa típica sociedade apenas intra partes e oculta, para todos os efeitos, em relação a terceiros, têm resistido e persistido através dos séculos."[26]

Existem inúmeras vantagens que podem ser alcançadas com a utilização de uma Sociedade em Conta de Participação (SCP), dentre as quais podemos destacar (i) a ausência de burocracias no ingresso de sócio participante, procedido por meio de registro simples em cartório, apenas para efeito de conferir segurança ao sócio; e (ii) a participação por recursos financeiros, bens ou mesmo serviços, sem a inclusão dos deveres e consequências de uma sociedade a um sócio participante, dentre outras.

Justamente pela possibilidade de participar de um negócio na qualidade de sócio participante é que se torna possível

25. NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, Ed. Saraiva, 3ª ed., pg. 299.

26. ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da Sociedade em Conta de Participação. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. p. 45.

diversos investimentos. Fábio Ulhôa Coelho[27] defende que a SCP na verdade corresponde a um contrato de investimento, porquanto a sua despersonalização e a natureza "secreta" descaracterizam uma efetiva sociedade.

Sobre a sua valia para os investimentos, Rubens Requião ensina que "*a sociedade em conta de participação constitui 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*".[28]

Como planejamento tributário, a SCP elimina qualquer possibilidade de bitributação, em razão do tratamento fiscal que lhe é conferido, o qual, de um lado permite a distribuição de dividendo isento ao sócio participante e, de outro lado, individualiza a sua contabilidade daquela própria do sócio ostensivo. A despeito disso, também no âmbito tributário, temos o impedimento para a utilização do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL e dos créditos fiscais de um pelo outro, tomando em conta os resultados da SCP e os resultados do sócio ostensivo.

13.5.3. Aspectos fiscais

Uma vez que para fins tributários as Sociedades em Conta de Participação (SPC) são equiparadas às pessoas jurídicas,[29] devem elas observar as mesmas normas de apuração de tributos, inclusive e não se limitando às disposições dos artigos 148 e 149 do Decreto n° 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda).

Assim como para qualquer pessoa jurídica, há possibilidade de escolha entre o lucro real ou presumido a depender

27. COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial v. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 478.

28. REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 22ª edição, p. 300.

29. Art. 7º do Decreto-Lei 2.303/86:

do limite de faturamento ou da atividade (que eventualmente obriga a apuração pelo lucro real).

No que tange a escrituração fiscal, tal pode ser feita nos livros do sócio ostensivo, ou em separado, mas em nome do sócio ostensivo, evidenciando sempre que os lançamentos são referentes à SCP, segregando-os quando efetuados no próprio livro do sócio ostensivo. Também os resultados são apurados em separado, a despeito de ambos (do próprio sócio ostensivo e da SCP) serem efetuados em nome do sócio ostensivo. Tanto assim que o sócio ostensivo pode apurar lucro real, ao passo que a SCP, por ele subscrita, pode apurar lucro presumido ou vice-versa, desde que sejam evidenciados os lançamentos relativos à SCP e que os resultados sejam apurados e demonstrados destacadamente do sócio ostensivo. Também é o sócio ostensivo que promove o pagamento dos tributos e contribuições, bem como é ele que promove e declara a distribuição de dividendos aos sócios participantes.

Alguma contaminação entre o sócio ostensivo e a SCP poderia ocorrer, até a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.470/2014, em razão da utilização do mesmo CNPJ, seja para efeito da perda de espontaneidade[30] em eventual procedimento fiscal, seja para efeito de apresentação de regularidade fiscal, ou para efeito de limite de parcelamento no âmbito tributário. Isso porque, com a publicação do referido ato normativo, revogou-se o item 4[31] da Instrução Normativa SRF n° 179/1987, que justamente dispensava a SCP da inscrição no então Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF.

Assim sendo, a partir de 2014, as SCP, porquanto equiparadas às pessoas jurídicas para fins de IRPJ e CSLL, passaram a estar também obrigadas à inscrição no CNPJ.[32]

30. Acórdão 101-96.197, sessão de 2007

31. Item 4 da Instrução Normativa SRF nº 179/1987: "Não será exigida a inscrição da SCP no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF".

32. Artigo 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.470/2014: "Todas as pessoas jurídicas

Segregaram-se, dessa forma, as obrigações acessórias exigidas pela legislação fiscal, sendo que deverá a SCP adotar a Escrituração Contábil Digital (ECD) na forma de livros auxiliares do sócio ostensivo,[33] assim como deverão ser transmitidas separadamente as Escriturações Contábeis Fiscais (ECF) de ambos.[34]

13.5.4. Análise de casos

- **Solução de Consulta nº 49, de 04 de fevereiro de 2010:**

> Lucro presumido. Sociedade em Conta de Participação. Opção. Apuração da Receita nos Contratos Longo Prazo. Encerramento. Procedimentos do Sócio Ostensivo.
>
> Desde não tenham operações imobiliárias em andamento para as quais haja registro de custo orçado, nem estejam incluídas nas hipóteses de obrigatoriedade de apuração pelo lucro real, cada uma

domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas pela legislação do Imposto sobre a Renda, estão obrigadas a inscrever no CNPJ cada um de seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior, antes do início de suas atividades". Vale frisar que as SCP estão expressamente mencionadas no Anexo V ("Tabela de Natureza Jurídica x Qualificação do Representante da Entidade") da referida norma, o que elimina qualquer dúvida que pudesse haver quanto à obrigatoriedade da inscrição.

33. Artigo 3º, inciso IV, da Instrução Normativa RFB nº 1.420/2013, na redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.486/2014: "Ficam obrigadas a adotar a ECD, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014: (...) as Sociedades em Conta de Participação (SCP), como livros auxiliares do sócio ostensivo".

34. Artigo 1º, § 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.422/2013: "No caso de pessoas jurídicas que foram sócias ostensivas de Sociedades em Conta de Participação (SCP), a ECF deverá ser transmitida separadamente, para cada SCP, além da transmissão da ECF da sócia ostensiva". Em verdade, referida disposição já se encontrava vigente antes mesmo da instituição da obrigatoriedade das SCP de inscrição no CNPJ. Ocorre que, considerando-se que a ECF passou a ser exigida apenas a partir do ano-calendário 2014, para transmissão somente no exercício seguinte, percebe-se que a Instrução Normativa RFB nº 1.470/2014, ao estabelecer a obrigatoriedade, harmonizou-se com as regras da ECF, que ainda não eram aplicáveis.

> das diversas Sociedades em Conta de Participação - SCP em que o sócio ostensivo, pessoa jurídica, participar, assim como o próprio sócio ostensivo, pode optar pelo regime de tributação pelo lucro presumido, mesmo que a soma das receitas brutas totais de todas as SCP e do sócio ostensivo, no ano-calendário anterior, tenha excedido o limite de quarenta e oito milhões de reais ou o valor de quatro milhões de reais multiplicado pelo número de meses em que esteve em atividade, no mesmo período, e a opção da sociedade em conta de participação pelo regime de tributação com base no lucro presumido não implica a simultânea opção do sócio ostensivo, nem a opção efetuada por este implica a opção daquela. A receita bruta da sociedade em conta de participação optante pelo lucro presumido, cuja receita derive da apuração do resultado de contratos, com prazo de execução superior a um ano, de construção por empreitada ou fornecimento, a preço pré-determinado, de bens ou serviços a serem produzidos, avaliado com base nos custos incorridos, será a expressão monetária da "Receita correspondente ao período-base" obtida após a aplicação das formulas prescritas nas linhas 1 e 2 da tabela de formulas constantes do item 9 da IN SRF nº 21, de 1979. Na incorporação da sociedade em conta de participação, pelo sócio ostensivo aplica-se subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples. É necessário que se elabore a prestação de contas e a consequente transferência dos bens direitos e obrigações para o sócio ostensivo.

De acordo com a solução de consulta supra transcrita importa-nos demonstrar a posição firmada pela Receita Federal do Brasil, no sentido de que, a despeito de ambos os resultados - do próprio sócio ostensivo e da SCP - serem apurados

pelo sócio ostensivo em seu CNPJ,[35] eles são independentes, inclusive quanto à opção pelo regime de tributação do IR e da CSLL. Contudo, é necessária a efetiva segregação dos resultados de um e outro na demonstração efetuada pelo sócio ostensivo.

A referida solução de consulta também traz importante informação sobre a possibilidade de incorporação da Sociedade em Conta de Participação pelo sócio ostensivo, mas se aplica subsidiariamente e no que for compatível o quanto disposto para as sociedades simples.

- **Solução de Consulta nº 164, de 07/06/2004:**

> SISTEMA DE LOCAÇÃO CONJUNTA (POOLHOTELEIRO). CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SÓCIA OSTENSIVA. 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 a 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, § 101, da Lei nº 9.718, 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 COFINS, incidente sobre a totalidade das receitas auferidas pela referida sociedade.

35. Evidentemente, o caso refere-se a um contexto anterior à edição da Instrução Normativa nº 1.470/2014, comentada acima.

O caso tratado na referida solução de consulta bem demonstra a utilidade prática da sociedade em conta de participação, enquanto verdadeiro contrato de investimento, na medida em que permite a junção de investidores para a locação conjunta do que se denomina *pool* hoteleiro. Os investidores são os sócios participantes que recebem em dividendos, ao passo que todo o cumprimento de obrigações acessórias e demonstração de resultados resta a cargo do sócio ostensivo.

- **Acórdão nº 108-09.496 da Oitava Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes, em sessão de 07/11/2007.**

> GLOSA DE DESPESAS NÃO COMPROVADAS. DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. É cabível a glosa de despesas que não possuem documentação adequada, seja porque não apresentadas pelo con-

tribuinte, seja em razão da inidoneidade da documentação apresentada.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A constituição de sociedade em conta de participação é válida, exceção feita na hipótese da constituição da sociedade ocorrer com a finalidade exclusiva de evasão fiscal.

MULTA QUALIFICADA. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. A contabilização de notas fiscais inidôneas, por si só, evidencia conduta fraudulenta do contribuinte, justificando a aplicação da penalidade qualificada (150%).

SELIC. JUROS DE MORA — O não pagamento de débitos para com a União, decorrente de tributos e contribuições, sujeita a empresa à incidência de juros de mora calculados, com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — SELIC, nos temos da Súmula n° 4 deste Primeiro Conselho de Contribuintes.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. - A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Preliminares Rejeitados.

"Recurso Voluntário Negado"

Outro relevante tema referente à sociedade em conta de participação é a sua utilização fraudulenta. Nesse ponto, ressaltamos que a SCP é largamente aceita, não só pela doutrina, como é expressamente prevista na legislação societária e

fiscal. A utilização fraudulenta não decorre do fato de se tratar de SCP, mas de eventual uso seu indevido.

Exatamente nesse sentido que a questão foi apreciada no acórdão n° 108-09.496, cuja ementa foi acima transcrita. No desenrolar do caso em referência, concluiu-se que a desconsideração desse tipo de sociedade só pode ser feita na hipótese da mesma ter sido constituída de forma fraudulenta, naquele caso, remetendo, sem fundamento, rendimentos de uma pessoa para outra.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Mercantil,* São Paulo: RT, v. 118, p. 45, 1972.

ANDRADE, Átila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

CARVALHOSA. Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

DIAS, Karem Jureidini. *Fato jurídico tributário em atos de revisão.* Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2011.

_____. *Fato tributário. Revisão e efeitos jurídicos.* São Paulo: Noeses, 2013.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O regime jurídico do consórcio. *Revista de Direito Mercantil,* v. 138, p. 201.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, prefácio e parte geral.* 2. ed. Rio de Janeiro:

Borsoi, 1954. t. I a IV.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

14. AVALIAÇÃO E GESTÃO DOS ATIVOS INTANGÍVEIS COMO DIFERENCIAL ESTRATÉGICO[1]

Ana Cristina França de Souza[2]

Carlos Magno Sanches[3]

1. Este artigo foi desenvolvido com base nos estudos realizados pelo Comitê Técnico da APSIS CONSULTORIA, e suporte técnico adicional de Amilcar de Castro e Reydner Andrade.

2. Graduada em Engenharia Civil pela Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ), com pós-graduação em Avaliações de Empresas e Projetos e em Ciências Contábeis pela Escola de Pós-Graduação da FGV - Fundação Getulio Vargas. Certificada pelo CVA – *Certified Valuation Analyst* para avaliação de empresas e ativos intangíveis. Cursou Avaliação de Empresas da *American Society of Appraisers* – ASA (Washington, EUA) e Avaliação de Ativos Intangíveis do *Institute of International Business Valuers* – IIBV (Toronto, Canadá). Vice-presidente da APSIS, com atuação na empresa há mais de 25 anos nas áreas de avaliação de empresas, consultoria imobiliária e avaliação de ativos tangíveis e intangíveis. Responsável técnica no Brasil do IACVA – *International Association of Consultants, Valuators and Analysts*. Diretora de Avaliações de Negócios da ANEFAC. Diretora Executiva do CBAN – Comitê Brasileiro de Avaliadores de Negócios. Diretora e professora do Instituto Brasileiro de Executivos Financeiros – IBEF. Membro da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual e da APIMEC – Associação dos Analistas e Profissionais de Investimentos do Mercado de Capitais. Professora do MBA em avaliação de marcas da FGV – Fundação Getulio Vargas. Professora do Instituto de Engenharia Legal – IEL. Palestrante em diversas entidades, como a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o Internacional Business Communication – IBC, o *Licensing Executives Society International* – LESI, o Instituto Brasileiro de Economia – IBRE, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, o *American Chamber* – AMCHAM, entre outros.

3. Graduação em Finanças pela Anderson University, Carolina do Sul, EUA, em 2007 e MBA em Finanças pela Ibmec-RJ em 2011. Gerente sênior de Business Valuation da APSIS, com cursos de especialização na *American Society of Appraisers* – ASA e Avaliação de Ativos Intangíveis do *Institute of International Business Valuers* – *IIBV* (Toronto, Canadá), dentre outros.