

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

**A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO: uma visão sob a ótica da
personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade**

NOVA LIMA

2012

ANTÔNIO AUGUSTO BELLO RIBEIRO DA CRUZ

**A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO: uma visão sob a ótica da
personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

NOVA LIMA

2012

Ficha catalográfica



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “A sociedade de propósito específico: uma visão sob a ótica da personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade”, de autoria do mestrando Antônio Augusto Bello Ribeiro da Cruz, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

**Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto
(Orientador)**

Prof. Dr.

Prof. Dr.

**Prof. Dr.
(Faculdade de Direito Milton Campos)**

Nova Lima - MG, ____ de _____ de 2012.

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000-000 – Minas Gerais – Brasil.
Tel/fax (31) 3289-1900

À memória do Dr. Halley Lopes Bello
Aos meus pais, Rosita e Alciliano, com quem aprendi a aprender.
Ao Dr. Jason Albergaria Neto pela confiança e apoio.

Agradecimentos

Aos meus tios Flávio e Cecília, pela acolhida, me permitindo um lar, mesmo longe de casa.

Aos amigos Maria Helena, Thiago Martins, Rafael Albergaria, Jason Filho, Amanda Vilarino, Olga Alvarenga, que pelas mais diversas maneiras me ajudaram chegar até aqui.

A todos os colegas de mestrado, em especial, Aldo, Cristiano, Rodolfo, Daniel e Felix pelo companheirismo e pelos enriquecedores debates.

*“Quanto mais largas vastidões abrange o saber,
tanto mais razão de serem modestos seus cultores.”*

RuiBarbosa

RESUMO

Este estudo faz uma análise da Sociedade de Propósito Específico (SPE), observando as vantagens que lhe são conferidas com sua personificação. A personalidade jurídica marca a distinção entre a sociedade e seus constituintes, dando-lhe autonomia para ser sujeito de direito. Neste sentido, a autonomia, a distinção patrimonial e a limitação de responsabilidade, são características atribuídas às pessoas jurídicas que se revelam de extrema importância para a constituição de uma SPE, pois, lhe permitem um modelo societário voltado para seu objeto. Além do mais, são características que transmitem segurança, seja entre os sócios, seja em relação à terceiros. A autonomia permite a adoção de um modelo de administração próprio, melhorando a eficiência da sociedade no cumprimento de seu objeto, bem como, facilita a fiscalização e o acompanhamento por parte dos que com ela se relacionam. No mesmo sentido, a distinção patrimonial e a limitação de responsabilidade permitem uma melhor utilização dos investimentos feitos na sociedade, conferindo segurança no cumprimento de suas obrigações, e evitando, ainda, que os problemas dos sócios afetem a sociedade, e que os dela afetem aqueles. Nas hipóteses em que estas vantagens são utilizadas de forma inadequada, desvirtuando a constituição de uma pessoa jurídica, a aplicação da teoria da desconsideração se apresenta com solução, servindo como garantia extra aos terceiros que se relacionam com a SPE. O trabalho, por fim, analisa algumas normas onde a SPE é utilizada, demonstrando que esta opção legal está ligada à sua personificação, em especial, aos elementos tratados neste estudo.

Palavras chave: sociedade de propósito específico; personalidade jurídica; pessoa jurídica; autonomia patrimonial; responsabilidade limitada; desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

This study analyzes the Special Purpose Entity (SPE), noting that the advantages conferred with his personification. The legal marks the distinction between society and its constituents, giving autonomy to be subject of law. In this sense, autonomy, patrimonial distinction and limitation of liability, are characteristics attributed to legal entities which are proving extremely important for the formation of an SPE, it then allows a corporate model toward its object. Besides, are features that convey safety, is among the partners, whether in relation to third parties. Autonomy allows the adoption of a model of management itself, improving the efficiency of the company in fulfilling its object and facilitates the supervision and monitoring by those who relate to her. In the same sense, the patrimonial distinction and limitation of liability allow better use of investments made in society, giving security to meet their obligations, and avoiding further that the problems affecting members of society, and that those it affects. In the hypothesis that these advantages are used inappropriately, distorting the formation of a legal entity, the application of the theory of disregard presents with solution, serving as warrantie to third parties relating to the SPE. The work, finally, examines some norms where the SPE is used, demonstrating that this legal option is linked to its embodiment in particular to elements discussed in this study.

Keywords: special purpose company; legal personality legal entity; patrimonial autonomy, limited liability, disregard of legal entity.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2. DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO | 17 |
| 2.1. Da crítica à constituição da SPE | 20 |
| 2.2. Das vantagens de utilização da spe | 25 |
| 2.3. A SPE sob a forma de sociedade não personificada | 28 |
| 3. DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 31 |
| 3.1. A SPE e sua personificação | 34 |
| 3.2. Da empresa individual de responsabilidade limitada | 36 |
| 3.3. Distinção patrimonial | 39 |
| 3.4. Distinção patrimonial na SPE | 42 |
| 3.5. Da limitação da Responsabilidade | 45 |
| 4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA | 50 |
| 5. DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE | 56 |
| 6. PREVISÕES LEGAIS DE APLICAÇÃO DA SOCIEDADE PROPÓSITO ESPECÍFICO .. | 59 |
| 6.1. A SPE na recuperação judicial de empresas | 59 |
| 6.2. A Sociedade de Propósito Especifico nas parcerias público privadas | 63 |
| 6.3. A Sociedade De Propósito Específico Na Lei 11.478/2007 | 68 |
| 7. CONCLUSÃO | 71 |
| REFERÊNCIAS | 77 |
| ANEXO - LEI 11.478/2007..... | 80 |

1. INTRODUÇÃO

O agrupamento de pessoas em torno de um objetivo comum é algo muito antigo. O homem um animal social, gregário.

Neste sentido, as pessoas se reúnem para os mais diversos fins, complementando esforços e capacidades, sempre em torno de um objetivo, o qual, dificilmente seria atingido se agissem individualmente, conforme destaca Amador Paes de Almeida (2005, p. 3)¹.

Avançando um pouco sobre a visão do caráter gregário do homem em sua evolução histórica, observa-se, em dado momento, o aparecimento de reunião de pessoas para o desempenho de atividades econômicas, destacando Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008, p. 111), sua origem familiar.²

No Brasil, o Código Civil de 1916, trazia em seu artigo 1.363, o conceito de sociedade como o contrato celebrado entre pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns.

Nos termos do artigo 981 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, novo Código Civil (BRASIL, 2002), “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.”

Sérgio Campinho (2007, p. 36) conceitua sociedade:

“... podemos definir a sociedade com o resultado da união de duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, que, voluntariamente, se

¹ “De tal processo evolutivo resultaria a conjugação de esforços que consubstanciaríamos a forma primitiva de sociedade, assim considerada a reunião de duas ou mais pessoas, com o propósito de combinar esforços e bens, com o objetivo de repartir entre si os proveitos auferidos. Na união dessas forças, pois, encontramos as primeiras manifestações da sociedade, conquanto, obviamente, bem distanciada dos dias atuais.”

² “Na Idade Média, florescem as sociedades com fins econômicos, nas quais o pai exercia seu ofício auxiliado pelos filhos, ‘sentados à mesma mesa e comendo do mesmo pão’. Falecendo o pai, a atuação comum prosseguia com seus herdeiros, só mais tarde sendo admitidos estranhos ao grupo familiar, quando adveio a necessidade de formalizar o ajuste por contrato.”

obrigam a contribuir de forma recíproca, com bens ou serviços, para o exercício proficiente da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados auferidos nessa exploração.”

A reciprocidade, a comunhão de interesses e partilha de resultados, marcam, pois, a idéia de sociedade, merecendo destaque a distinção de Clóvis Beviláqua (1958, p. 484), entre sociedade e comunhão, marcada pela presença naquela da chamada *affectio societatis*.³

A *affectio societatis* é, para Carvalho de Mendonça (1955, p. 609) “um laço simpático de concurso para um fim comum e de fraternidade no emprego dos meios adequados à sua realização.”

A expressão encerra em sua essência como elemento caracterizador da sociedade a vontade de estar unido em busca de um fim comum. Não há sociedade sem ânimo em torno de um objetivo comum.

Se duas pessoas não têm um objetivo direcionado num mesmo sentido, ainda que distintos, não há sociedade.

Se os objetivos são comuns, mas, não há uma vontade de colaboração mútua, tais objetivos não serão alcançados.

Estas são considerações sobre a sociedade vista internamente, pois, para aqueles que se encontram fora da sociedade, ela nem sempre é visível.

Não basta a vontade das pessoas para que haja um reconhecimento exterior da sociedade, conforme destaca Caio Mário (2009, p. 256)⁴, para quem a conjunção da

³ “a sociedade distingue-se da comunhão, seja esta convencional ou incidente. Em uma como na outra, há um ou vários bens que pertencem, conjunta e simultaneamente, a mais de uma pessoa, porém, na sociedade há *affectio societatis*, que falta à comunhão, isto é, na sociedade há cooperação e o sentimento de que o trabalho de um, dentro da sociedade se reverte em proveito de todos. Além disso, o estado de comunhão é, por natureza, transitório, tende a cessar, e o de sociedade é definitivo, porque é combinação de esforços para consecução de um determinado fim.”

⁴ “Numa associação vê-se um conjunto de pessoas, unindo seus esforços e dirigindo suas vontades para a realização dos fins comuns. Mas a personificação do ente abstrato destaca a vontade coletiva do grupo, das vontades individuais dos participantes, de tal forma que o seu querer é uma ‘resultante’ e não mera justaposição das manifestações volitivas isoladas.

vontade, com a observância das prescrições legais, e a licitude de seu objeto, são elementos necessários para que este ente tome “vida”. Adquire personalidade. Personalidade Jurídica.

Adquirida a personalidade, a sociedade passa a ter existência própria, distinta das pessoas que a constituíram; passa a ser senhora de direitos e obrigações.

Tal condição, como dito, é adquirida mediante atendimento a uma série de requisitos legais, de acordo com a forma com que se organiza, mas, só é levada a efeito com a inscrição de seu ato constitutivo no registro próprio.

À sociedade pode, ou não, ser atribuída personalidade jurídica.

Nosso ordenamento jurídico prevê uma série de tipos societários, que podem ser adotados, de acordo com os interesses, e capacidade de contribuição destas pessoas que se unem em sociedade.

Inicialmente, de se destacar a distinção, em razão de seu objeto, entre as sociedades simples e sociedades empresárias, conforme a regra do artigo 982 do Código Civil⁵ (BRASIL, 2002), que define a primeira com aquela que tem como objeto o exercício de atividade própria do empresário, considerando as demais, como simples.

Com relação à forma de organização societária, no ordenamento jurídico brasileiro, observam-se as sociedades “simples”, “cooperativa”, “em nome coletivo”, “em comandita simples”, “em conta de participação”, “limitada”, “anônima” e “em comandita por ações”.

Para a constituição ou o nascimento da pessoa jurídica é necessária a conjunção de três requisitos: a vontade humana criadora, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos.”

⁵ “Art. 982 – Salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único – Independente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa.”

Traço marcante da diversidade dos tipos societários é a responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade perante terceiros.

Em que pese à distinção patrimonial entre as sociedades personificadas e os seus sócios, há obrigação por parte destes, nos limites da forma como aquelas foram constituídas.

Com relação à distinção das sociedades em razão da responsabilidade dos sócios, Rubens Requião⁶ (2008, p. 34), as classifica como, limitadas, ilimitadas, e mistas.

As sociedades cuja responsabilidade dos sócios é limitada marcam-se por restringir tal responsabilidade ao montante investido pelo sócio para integrá-la.

Além de conferir segurança ao sócio, cuja responsabilidade foi limitada, acentua-se a distinção patrimonial, conferindo igual segurança a terceiros que com a sociedade se relacionam, na medida em que delimitam a existência de um acervo da pessoa jurídica, capaz de lhe assegurar o cumprimento de obrigações.

No entanto, a aquisição da personalidade jurídica à sociedade, impondo-lhe obrigações e conferindo-lhe direitos, com autonomia e existência distinta daqueles que a compõem, nem sempre é absoluta, havendo hipóteses em que deva ser afastada.

E o será, nas hipóteses em que houver uso da pessoa jurídica para prática de atos ilícitos, ou abuso de poder, ou violação das normas, dentre outros casos onde a pessoa jurídica seja utilizada como anteparo, ou mero instrumento, para atender pretensões pessoais dos sócios.

⁶ "A *responsabilidade dos sócios*: em sociedades *limitadas*, quando o contrato social restringe a responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições ou à soma do capital social (sociedades por cotas de responsabilidade limitada e sociedades anônimas); sociedades *ilimitadas*, quando todos os sócios assumem responsabilidade ilimitada e solidária relativamente às obrigações sociais (sociedades em nome coletivo, sociedades irregulares, sociedades de fato e sociedades tácitas); e sociedades *mistas*, quando o contrato social conjuga a responsabilidade ilimitada e solidária de alguns sócios com a responsabilidade limitada de outros sócios (sociedades em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedades de capital e indústria e sociedades em conta de participação).

É a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, medida judicial, aplicável conforme acima destacado. Sobre o tema, Sérgio Campinho (2007, p. 69/70):

“Autoriza assim, ao juiz, no caso concreto sob sua análise, que desconsidere a personalidade jurídica para reprimir a fraude ou abuso, sem que isso, importe na dissolução da pessoa jurídica.

Não se nega, com sua aplicação, a autonomia de personalidade jurídica da sociedade, ao revés, reafirma-se o princípio. Somente não se admite, de modo absoluto e inflexível, como forma de abrigar a fraude e o abuso do direito. Não se nulifica a personalidade a qual apenas será episodicamente desconsiderada, isto é, no caso *sub judice* tão somente, permanecendo, destarte, válida e eficaz em relação a outros negócios da sociedade.”

Assim, se por um lado, a personalidade jurídica é mecanismo para conferir à sociedade direitos e deveres, moldados pelo tipo societário escolhido para sua constituição, e nos limites impostos em seu ato constitutivo, na hipótese de abuso, este arquétipo é deixado de lado, na teoria da desconsideração, para se buscar na pessoa do sócio a responsabilidade por tal abuso, sem que a sociedade deixe de existir.

Dentro deste contexto, tem-se a possibilidade de que, esta reunião de pessoas em torno de um objetivo comum, possa se destinar à prática de apenas um negócio, ou seja, é possível a constituição de uma sociedade com um propósito específico, após o qual, ela se extinguirá. É a chamada Sociedade de Propósito Específico, ou SPE.

Este trabalho, portanto, trata da análise deste modelo de sociedade, onde há uma união de pessoas em torno de um objetivo comum, e específico, que, depois de cumprido, implicará na sua extinção.

É seu escopo demonstrar as virtudes da Sociedade de Propósito Específico com base em sua autonomia em relação aos sócios, na adequação ao seu objeto, bem como o limite de responsabilidades e de riscos, além de sua extinção imediata reduzindo pendências supervenientes.

Os limites que caracterizam a SPE são sutis, mas, melhor definidos se observados sob uma visão mais ampla.

Não basta simplesmente dizer que seu objeto é específico, toda sociedade tem um objeto específico.

Igualmente, a simples afirmativa de que ela se encerra com o alcance do objetivo para o qual foi proposto pode parecer vaga para uma análise teórica.

O que definirá uma Sociedade de Propósito Específico será sempre este conjunto de características agrupados em torno de um interesse muito específico. Determinado.

Borba (2001, p.494) ao tratar da SPE, antes mesmo do advento do novo Código Civil, assim o fez, ao que parece, com certo receio em admiti-la como sociedade:

“A S.P.C. ou S.P.E. corresponde a uma hipótese típica de desconsideração da personalidade jurídica, tanto que essas empresas, quando são constituídas, o são, única e exclusivamente, para desenvolver uma ação ou um projeto de interesse exclusivo de seu controlador.

A S.P.E. não tem interesse próprio, não se destina a desenvolver uma vida social. Trata-se do que se poderia chamar uma sociedade ancilar, mero instrumento de sua controladora.

A rigor, essas sociedades nascem para prestar um serviço à sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto, ou até mesmo para desenvolver um projeto da controladora. Normalmente cumprido esse projeto, o seu destino é a liquidação. Nascem, normalmente, já marcadas para morrer. São nada mais nada mais nada menos do que uma sociedade-escrava, sem vida própria, e sem qualquer interesse particular capaz de justificá-la como empresa.”

As palavras do ilustre doutrinador, apesar do tom negativo quanto ao enquadramento da SPE como empresa, refletem com clareza a razão de ser que justifica sua criação.

Este direcionamento exclusivo a um projeto ou uma ação, definido, planejado, é que confere à SPE um traço positivo.

Por se tratar de uma sociedade moldada para um objeto específico, toda sua estrutura estará, em regra, de acordo com seu objeto.

2. DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

O novo Código Civil (BRASIL, 2002) materializou, no parágrafo único de seu artigo 981, a possibilidade da constituição de uma sociedade destinada à prática de um só negócio determinado.

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. (grifo nosso)

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008) destaca se tratar de uma previsão normativa genérica, aplicável a qualquer sociedade, desde que destinada a uma atividade negocial determinada, inclusive ressaltando que esta previsão de destinação a um objeto específico já ocorrera no Código Comercial, e no Código Civil de 1916.

Entretanto, ao comentá-la, conclui que a norma contida no parágrafo único do artigo 981 do Código Civil dirige-se à SPE:

“A importância da distinção entre as sociedades que tem por objeto um ou mais negócios determinados e as demais residem em que, ultimados o negócio ou os negócios discriminados no contrato social, a sociedade deve extinguir-se, porque exaurido seu fim (CC, art. 1.034, II).

Nessa linha de orientação, pode-se dizer que a norma abriga a modernamente chamada sociedade de propósito específico, que nada mais é do que uma expressão, importada da prática norte-americana, para designar qualquer dos tipos de sociedade contemplados no ordenamento jurídico brasileiro que tenha por fim a realização de um ou mais negócios determinados, como prevê o parágrafo único do artigo objeto destes comentários.” (p.120)

Ruggiero (1999, p.568), ao tratar do fim em torno do qual as pessoas constituem uma pessoa jurídica, revela a necessidade de sê-lo duradouro, não meramente transitório, permanente, no sentido de que, não se justificaria a criação de um novo organismo que se conseguisse facilmente e de uma só vez, mediante o esforço de uma pessoa.

Wald (2005), ressalta a gênese norte-americana, da SPE, utilizada nas *joint ventures*, para concentrar, numa unidade com personalidade jurídica, atividade comum de dois ou mais grupos.

Nas *joint ventures* forma-se uma parceria de curto prazo destinada a atingir um fim comum, como nos contratos de sociedade em geral. Geralmente cada pessoa contribui com bens e a partilha de riscos. As *joint ventures* podem envolver qualquer tipo de transação comercial e as "pessoas" envolvidas podem ser indivíduos, os grupos de indivíduos, empresas ou corporações.

Baptista (1981, p. 52) ressaltava a dificuldade do direito americano em conceituar a *joint venture*, entendendo melhor solução indicar os elementos que a caracterizam, por ele assim descritos:

“a) uma contribuição pelas partes em dinheiro, bens e esforços, conhecimentos, técnicas, ou outro valor econômico, para uma ação conjunta; b) um interesse patrimonial conjunto no objeto do empreendimento; c) um direito ao controle mútuo ou à gestão da empresa; d) expectativa de lucro, ou a presença da *adventure*, como se diz; e) o direito de participar nos lucros; e f) usualmente a limitação do objetivo a um simples empreendimento ou empresa *ad hoc*.”

Um exemplo da utilização das *joint ventures* é a viabilização da entrada de empresas em mercados estrangeiros. Cria-se uma *joint venture* entre empresas estrangeiras e nacionais já presentes nos mercados das empresas estrangeiras gostariam de entrar. Neste modelo as empresas estrangeiras geralmente trazem novas tecnologias e práticas de negócios para a *joint venture*, enquanto as empresas nacionais participam com as licenças, autorizações e demais questões burocráticas internas, além do conhecimento específico, e penetração no mercado doméstico.

Observa-se, pois, nas *joint venture*, a essência por trás da agregação de duas ou mais pessoas, qual seja a conjunção de esforços em busca de um objeto comum.

Tal constatação é óbvia, pois, é uma forma de associar-se, assim como o é a Sociedade de Propósito Específico.

A distinção, contudo, seja na SPE, seja na *joint venture*, marca-se pela justificativa de sua criação, qual seja sua especificidade quanto ao objeto, que é justamente o liame entre elas existente.

Joint venture, com visto, e Sociedade de Propósito Específico, conforme se demonstrará têm um objeto, claro, definido, determinado, o qual, atingido, exaure-as, pondo-lhes termo.

Sendo claramente constituída para atender a um fim, é mais fácil moldá-la a este objeto, de modo que, o capital destinado, a estrutura sócio-administrativa, seu patrimônio, etc.,

Pontes de Miranda (1965, p. 134), assim trata o tema da sociedade que se consome com o exaurimento de seu objeto:

“Se a sociedade tinha um fim e esse foi atingido, extingui-se a sociedade. Se é impossível a obtenção, desapareceu objetivamente a base do negócio jurídico. Naquela e nessa espécie, não teria razão de ser a continuação. A impossibilitação manifesta há de ser de tal ponto que não se possa considerar de qualquer proveito a permanência dos vínculos sociais. Se a superveniente impossibilidade é transitória, não se há de considerar extinta a sociedade.”

E é a partir deste “liquidar-se com seu objeto” que se desenha, com o Novo Código Civil, no parágrafo único do artigo 981 supracitado, a doutrina a cerca da Sociedade de Propósito Específico.

Requião (2008, p. 304), assim trata sobre a SPE.

“A sociedade de propósito específico, no inglês *special purpose company* ou *special purpose consortium*, não tem regulação especial no Brasil e não representa um modelo ou tipo de sociedade. Surgem em leis esparsas algumas regras, geralmente de aplicação restrita, que pouco a pouco vão traçando o perfil do instituto. Penetrará em qualquer dos modelos de sociedades existentes, ressalvada a

sociedade em nome coletivo [...], e poderá assumir a condição de companhia aberta. [...]

O tratamento legal das sociedades de propósito específico em nada difere das situações corriqueiras encontradas na legislação. As regras que regem o relacionamento entre os sócios, entre a sociedade e seus sócios, entre a sociedade e terceiros, as responsabilidades dos controladores e administradores, serão as estudadas nas várias modalidades associativas previstas no direito brasileiro para as empresas com finalidade lucrativa.”

Cabe, aqui, respeitosa crítica a Borba, que em sua obra já citada, ao tratar da SPE lança argumentos que se apresentam contraditórios.

2.1. Da crítica à constituição da SPE

Já se fez ressalva, em sua citação supra, de que seu comentário sobre a SPE denotava certo desprezo com a fórmula, por não considerá-la uma “sociedade”.

Compreensível o entendimento, sob o aspecto de que não se trata realmente de um tipo societário.

Contudo, sua crítica não merece prosperar, sobretudo com o advento do código civil de 2002⁷, que, com a disposição do parágrafo único do artigo 981, agasalha a SPE.

Em essência, as normas anteriores, o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1950, não vedavam sua constituição, eram silentes sobre o tema.

Com a nova lei civil, a possibilidade da constituição de uma sociedade para prática de um negócio específico, ganha respaldo legal, como já dito.

Deste modo, adotando-se um dos tipos societários dispostos no Código Civil, pode ser constituída uma SPE.

⁷ Nota do autor: José Edwaldo Borba, na edição de 2012, trata do texto do parágrafo único do artigo 981 do Código Civil de 2002, sem, contudo, alterar seu posicionamento, e as críticas ao instituto, o que não interfere no presente estudo.

Daí a primeira crítica à obra de Borba, que, manteve entendimento esposado anteriormente à introdução da nova lei civil.

E qual a contradição em seus argumentos?

Ora, afirma o doutrinador (Borba, 2001. p.493):

“A sociedade encontra-se dotada de personalidade jurídica pela simples razão de ser um sujeito de direito. O fenômeno jurídico que informa a existência da sociedade polariza-se no foro de interesses representado pela própria sociedade.

A autonomia patrimonial e jurídica se caracteriza a sociedade apóia-se no conceito de patrimônio separado e na conseqüente configuração de um interesse jurídico diferenciado, que não é se não o interesse da própria sociedade.

A sociedade mantém interesses próprios e inconfundíveis, totalmente distintos dos dos sócios individualmente, e é sobre essa esfera subjetiva particularizada que se constrói a teoria da personalidade jurídica.”

Borba enxerga a SPE como uma desvirtuação da personalidade jurídica, tratando-a como “hipótese típica de desconsideração da personalidade jurídica”, veja-se:

“A desconsideração ocorre exatamente quando a personalidade jurídica é desvirtuada, deixando de tutelar a sociedade a que corresponde para servir de anteparo à atuação de terceiros, especialmente acionistas controladores. É o abuso de forma, que leva à imputação da responsabilidade àquele que se utilizou da sociedade como mero instrumento de seus interesses.

A S.P.C. ou S.P.E. corresponde a uma hipótese típica de desconsideração da personalidade jurídica, tanto que essas empresas, quando são constituídas, o são, única e exclusivamente, para desenvolver uma ação ou projeto de interesse exclusivo de seu controlador.” (p. 494)

Com a devida vênia, parece que tal entendimento fora moldado numa visão prática que não mais pode prevalecer.

Não só a SPE, como qualquer outro tipo societário pode servir de meio para atingir interesses distintos daqueles para os quais aparentemente foi instituído. É bem verdade que, alguns destes tipos, dada sua estrutura, melhor se aplicam para ocultar este ou aquele interesse escuso, não se podendo negar que a SPE pode ser um deles, dada sua liquidação imediatamente após atingir seu fim.

Mas, não se pode, por vislumbrar esta facilidade num ou noutro tipo societário, lançar tão dura crítica como faz o citado autor. Crítica que assim prossegue:

“A S.P.E. não tem interesse próprio, não cumpre um objeto social próprio, não se destina a desenvolver uma vida social. Trata-se do que se poderia chamar de uma sociedade ancilar, mero instrumento de sua controladora.

A rigor, essas sociedades nascem para prestar um serviço a sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto, ou até mesmo para desenvolver um projeto de sua controladora. Normalmente, cumprido esse projeto, o seu destino é a liquidação. Nascem, normalmente, já marcadas para morrer. São nada mais nada menos do que uma sociedade-escrava, em vida própria, e sem qualquer interesse particular capaz de justificá-la como empresa.

Trata-se, com efeito, de um projeto da controladora a que se conferiu, inadequadamente, a forma jurídica da sociedade comercial.” (p.494)

E arremata:

“Pode-se, todavia, entender que, se a S.P.E. cumpre todas as obrigações e não vem a causar dano a ninguém, não haveria qualquer contra-indicação na sua formulação.” (p.494)

Observa-se, neste posicionamento, que o autor enxerga a SPE como um veículo para a fraude, relegando ao plano do “remoto” seu uso sem prejuízo de terceiros.

De se destacar que, tal entendimento, era esposado pelo insigne doutrinador antes mesmo da entrada em vigor do novo código civil, e mantém-se, com a seguinte justificativa:

Equivoca-se o autor.

Em primeiro lugar, não se pode conceber que uma estrutura societária legítima seja destinada à prática de atividades danosas a terceiros, servindo como mero anteparo aos que dela se utilizam.

Aliás, sobre este tema, tratar-se-á, no tópico sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

No mesmo sentido, não se pode entender que o fato de uma sociedade utilizar-se de uma SPE, implique em mera simulação, com objetivo de lesar terceiros, não se podendo caracterizar a SPE como verdadeira sociedade.

O exemplo adotado pelo autor (Borba, 2001, p.494), de uma SPE destinada a promover a emissão de debêntures, de forma fraudulenta é infeliz, pois, mais uma vez, dá a entender ser esta a finalidade das SPEs.

Melhores exemplos de SPE podem ser encontrados na sua utilização nas Parcerias Público Privadas⁸ e na Recuperação Judicial de empresas⁹, o que deixa clara a legítima aplicação das SPEs.

Nos dois exemplos, a SPE jamais poderia ser mecanismo de abuso, pois, nas Parcerias Público Privadas um de seus sócios será sempre o poder público, e a Recuperação Judicial se dá sempre sob os olhos do Poder Judiciário.

⁸ "Art. 9º - Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria." (Lei 11.079, BRASIL, 2004)

⁹ "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. (grifo nosso) (Lei 11.101, BRASIL, 2005)

Outro argumento que deve ser revisto é o de que a SPE não tem interesse próprio, não tem um objeto social próprio, existindo, apenas, para atender aos interesses de sua controladora.

Toda sociedade é constituída para atender interesses de seus constituintes, ainda que a conjunção destes interesses se revele em um interesse comum e “próprio” da sociedade, pois a sociedade nada mais é do que um conjunto daqueles que a formam.

O simples fato de ser constituída por um curto período de tempo não é indicativo desta ausência de interesse próprio.

A crítica que se faz aos argumentos de José Edwaldo Borba nada mais é do que uma crítica às idéias pré-concebidas, e ao engessamento do pensamento jurídico em alguns casos.

A SPE pode sim ser um mecanismo de abuso, mas, neste caso quem deve ser condenado é que dela assim se utiliza, não a instituição em si.

Fato é que a SPE pode ter, e tem, vida social, ainda que curta, tem sim um interesse próprio, do mesmo modo que cumpre um objeto social próprio.

É fato que, a variação dos tipos societários encontrados seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja em outros países, basicamente se justifica pela necessidade das pessoas se organizarem de diversos modos.

E a SPE nasce de uma dessas necessidades, de um agrupamento por um período pré-definido.

Não há nada de errado em se constituir uma sociedade que não seja para a vida inteira. Aliás, a SPE tende a cumprir melhor seu objeto social, na medida em que vive só para isso.

Sob esta ótica, vê-se a SPE como um instrumento muito útil para realização de alguns projetos, podendo ser exemplo sua vasta utilização, na atualidade, nas incorporações imobiliárias.

2.2. Das vantagens de utilização da SPE

A vantagem em torno da SPE é, como já mencionado, seu dimensionamento ao objeto.

Assim, sabe-se, de início, o que será feito, a construção de um edifício, a adjudicação de ativos para pagamento de credores, a realização de um projeto do governo com a iniciativa privada.

Se há uma visão clara do que se quer fazer, os integrantes desta sociedade têm uma visão clara de qual papel nela querem desempenhar.

Pode-se dizer que a opção pelo tipo societário que melhor atende estes papéis que serão desempenhados pelos sócios, é mais fácil.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que uma SPE terá sempre um capital social adequado a seu objeto. E por se tratar de um objeto que deve ser atingido, o capital deve ser integralizado, pois, geralmente, terá ele função de assegurar a realização deste objeto.

É possível planejar antecipadamente os custos de uma SPE, que estarão menos sujeitos a variações do que numa sociedade por prazo indeterminado, de modo que, o capital social para sua constituição poderá ser bem dimensionado, evitando-se a necessidade de uma integralização maior, por segurança, ou um aporte posterior em razão de uma projeção mal feita.

Lucena¹⁰ (2003, p. 266) ao tratar da essencialidade do capital social, destaca sua função dentro da sociedade de permitir a consecução do objeto social, bem como a influência da participação patrimonial dos sócios na política societária, o que, de certa forma, sintetiza, o que aqui se destacou sobre a possibilidade de um dimensionamento adequado do capital social na Sociedade de Propósito Específico, em especial a função de produção.

Ainda sobre o capital social, o mesmo autor (2003, p. 265) trata da função *externa corporis* do capital social, como garantia dos credores sociais, na qualidade de integrante do patrimônio social, que só retornaria aos sócios com o encerramento da sociedade.

Seguindo a linha desenvolvida neste trabalho, esta função externa do capital social de garantia dos credores, também pode ser vista com destaque na SPE, invocando-se o já tratado argumento de que, adequado ao objeto social e com função de permitir sua consecução, o capital social, não só será garantia patrimonial suplementar, como permitirá cumprir eficazmente sua função, de modo a gerar um resultado positivo, o que significa dizer, a inexistência de credores não pagos.

Com efeito, neste ponto, volta-se a obra de Borba (2003, p. 494/495), onde ele destaca, justamente, o cumprimento de todas as obrigações da sociedade, sem prejudicar ninguém, como fator que elimina qualquer contra indicação à criação da SPE.

Os argumentos aqui lançados, e com esta afirmativa, por ele referendados, rechaçam sua teoria, e reforçam a idéia de que a SPE é um instrumento útil e eficaz para cumprimento de uma função dentro do universo societário.

¹⁰“*Interna corporis*, cumpre destacar a *função de produção* e a *função de organização* do capital social. Pela Primeira, o capital social, formado pelas contribuições dos sócios, tem por função ensejar a consecução do objeto social, assegurando a exploração da empresa e o desenvolvimento da atividade econômica, e assim vindo a propiciar a obtenção de lucros aos sócios, finalidade e razão de constituição da sociedade. Pela segunda, erigindo-se o capital em sede do poder político da sociedade, organiza-se a estrutura societária, com base nas participações patrimoniais dos sócios, definindo-se então os centros de poder e comando, assim como a posição de sócios, com todos os direitos, vantagens e restrições que a lei e o estatuto atribuem a cada um.”

A exegese conjunta dos artigos 981¹¹, 982¹² e 983¹³ do novo Código Civil (BRASIL, 2002), permite afirmar que a SPE, prevista no parágrafo único do artigo 981, poderá adotar qualquer dos tipos societários previstos no Código, levando-se em consideração, as restrições ou exigências relacionadas à atividade a ser desenvolvida.

Ainda que com permissivo legal, examinar, aqui, todos os enquadramentos possíveis para a SPE tornar-se-ia um trabalho extenso, e em alguns pontos, pouco relevante, em razão do pouco uso que é feito de algumas dos tipos societários.

Importa, principalmente, ao objeto deste trabalho, as regras a cerca das sociedades cuja responsabilidade dos sócios é limitada, em especial por força da distinção patrimonial entre elas e seus sócios, a Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima.

Como destacado acima, há ligação entre a atividade a ser desenvolvida e os tipos societários possíveis, e na medida em que os artigos 982 e 983 supracitados mencionam a atividade de empresário, não é demais lembrar que sua definição encontra-se inserida no artigo 966 do Código Civil¹⁴ (BRASIL, 2002), como aquela onde se exerce profissionalmente atividade econômica para produção ou circulação de bens ou serviços, excluindo-se as intelectuais, científicas, literárias ou artísticas.

¹¹ 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.

¹² Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

¹³ Art. 983. 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.

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

¹⁴ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Deste modo, a escolha de uma atividade empresária, ou não, limitará as hipóteses de constituição da SPE.

Apesar de o presente trabalho ter entre seus argumentos fundamentais a personalidade jurídica e a distinção patrimonial, necessárias se faz algumas considerações sobre a constituição da SPE sob a forma de Sociedade em Conta de Participação.

2.3 A SPE sob a forma de sociedade não personificada

Este tipo se caracteriza pela existência de duas categorias de sócio, uma, chamada sócio ostensivo, que em seu nome pratica todos os atos, bem como assume as obrigações da sociedade perante terceiros, e outro, sócio oculto, que contribui com recursos para a constituição da sociedade respondendo apenas perante a outra categoria com relação à sua contribuição.

A ausência de algumas características permite advogar a idéia de que não se trata de uma sociedade, contudo, o agrupamento de pessoas, coobrigadas, em torno de um objetivo comum de cunho econômico que será entre elas partilhado, sustenta o contrário.

É sociedade, pelo menos entre os sócios, já que por não apresentar uma estrutura societária capaz de individualizá-la, não aparece perante terceiros, de modo que, a falta de registro é o traço principal que lhe veda a personalidade jurídica. Contudo, cumpre distingui-la da sociedade irregular que, existe, sem que ainda tenha sido levada a registro, sendo o efeito deste para a conta de participação não surtirá efeito para além dos sócios.

Deixando de lado as questões envolvendo sua natureza, a sociedade em conta de participação encontra-se como tal, inserida no Código Civil, o que lhe confere, pelo menos, legitimidade para tal denominação.

Sua relação com a SPE é estreita, merecendo destaque a previsão no Código Comercial de 1950¹⁵ (BRASIL), da possibilidade de sua constituição para uma ou mais operações de comércio, o que lhe rendeu a denominação na mesma norma de momentânea.

Pela sua própria natureza, a sociedade em conta de participação tende a ser uma SPE, conforme destaca Gonçalves Neto¹⁶ (2008, pag. 146), ao comentar exemplo por ele criado onde comenta esta momentaneidade da sociedade em conta de participação, enfatizando a questão de seu encerramento com a última das operações em torno da qual fora criada, ressaltando, ainda, a possibilidade de sua criação por tempo indeterminado.

É bem verdade que a ausência de personalidade jurídica neste tipo societário afasta-a do escopo de estudo deste trabalho.

Contudo, dado o permissivo legal, não se pode ignorar sua constituição como SPE, em razão do que sobre ela foi dito, e neste aspecto, servindo-lhe os pontos positivos, destacados e a destacar, no que diz respeito à relação entre os sócios.

Conforme anteriormente (nota 6 supra) as sociedades, no que diz respeito à responsabilidade dos sócios com relação a terceiros, podem ser classificadas como limitadas, ilimitadas, e mistas, onde nos interessa em especial aquelas cuja

¹⁵ "Art. 325 - Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, **em uma ou mais operações de comércio determinadas**, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (artigo nº. 122)." (grifo nosso)

¹⁶ "Para melhor visualizar essa sociedade pode-se dar este exemplo: J.Silva & Cia., dedicada ao comércio de tecidos ajusta com Pedro e com Paulo uma sociedade em conta de participação para a aquisição de um determinado lote de fazendas, cada qual contribuindo com 1/3 do custo, sendo J. Silva & Cia. o sócio ostensivo e os outros dois os sócios ocultos ou participantes. As fazendas são adquiridas por J. Silva & Cia., sendo por ela vendidas no seu estabelecimento. O vendedor das fazendas celebra o negócio apenas com J. Silva & Cia., ignorando (sendo-lhe indiferente, se o conhecer) seu ajuste com Pedro e Paulo para a aquisição dessas mercadorias. De sua parte os compradores que as adquirem no varejo também não têm ciência da sociedade, tratando exclusivamente, com a vendedora J. Silva & Cia.. Do resultado obtido com a revenda das mercadorias deduzem-se as despesas, eventual remuneração do sócio ostensivo e o saldo é distribuído à razão de um terço para cada um deles."

responsabilidade do sócio é limitada, notadamente a Sociedade Limitada¹⁷ e a Sociedade Anônima¹⁸.

Fator comum destes tipos societários determinante para o escopo deste trabalho é a personificação e a distinção patrimonial entre sociedade e sócios.

João Eunápio Borges (1991, p. 333) marca tal distinção entre as sociedades

“O que distingue as sociedades de responsabilidade limitada das demais sociedades é que nestas há sempre um ou mais sócios cujo patrimônio individual responde solidariamente com o da sociedade pelo pagamento das dívidas sociais. Naquelas isso não acontece. Uma vez integralizado o capital de uma sociedade limitada, seja anônima ou por cotas, o sócio, como tal, nada mais deve e nada pode ser-lhe exigido nem pela sociedade, nem pelos credores desta.”

Contudo, somente adquirirá vida, a sociedade, com a aquisição da personalidade jurídica. Sem ela, não se aperfeiçoarão a limitação de responsabilidade, a distinção patrimonial, bem como existência perante terceiros, além e outros elementos que marcam as sociedades personificadas.

Neste sentido, à Sociedade de Propósito Específico, criada sob a forma de um dos tipos de sociedade cuja responsabilidade é limitada, serão conferidos todos estes elementos.

¹⁷Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. (BRASIL, 2002)

¹⁸ Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. (BRASIL, 1976)

3. DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A justificativa para constituição de uma sociedade é a de que pessoas se unam para realizar algo que, sós, não conseguiriam.

Para a prática de determinados atos, necessários para consecução desta realização para o qual os indivíduos se uniram, é preciso que esta união exista.

Assim, a constituição de uma sociedade reflete-se na intenção de duas ou mais pessoas, em criar um novo sujeito de direito, delas distinto, capaz de direitos e obrigações, para facilitar a realização de negócios jurídicos com terceiros. (GONÇALVES NETO, 2008, pag. 114)

Neste sentido, é preciso que o direito reconheça este novo ente lhe atribuindo a qualidade de pessoa, sujeita a direitos e obrigações, como as pessoas naturais¹⁹, materializando-se no universo jurídico.

A definição de sociedade como pessoa jurídica encontra previsão no inciso II do artigo 44 do Código Civil²⁰ que dispõe, ainda, nos artigos 45²¹ e 985²², que sua existência inicia-se com a inscrição de seu ato constitutivo no registro competente.

¹⁹ “É a pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio próprio. Em razão disso, as pessoas jurídicas têm nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo cõo autoras, ou na qualidade de rés, sem que isso reflita na pessoa daqueles que as constituíram.” (Martins, 2011, p. 155)

²⁰ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2002)

²¹ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. (BRASIL, 2002)

²² Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150). (BRASIL, 2002)

Neste ponto, necessário se faz o esclarecimento de que dois elementos, distintos, o que não ocorre com as pessoas naturais, são conferidos simultaneamente às sociedades com seu “nascimento”, a capacidade jurídica e a capacidade de agir, definidos por Ruggiero (1999, p.436/437), como a idoneidade para ser sujeito de direito e a faculdade que o sujeito tem de praticar atos jurídicos e exercer seus direitos.

Segundo J. X. Carvalho de Mendonça (1963, p.79), os elementos essenciais da pessoa jurídica são “a capacidade para determinar-se e agir para a defesa e consecução dos seus fins”, “o patrimônio autônomo”, “as obrigações ativas e passivas a seu cargo” e a “representação em juízo”.

Observa-se, pois, que o “nascimento” da pessoa jurídica a destaca das pessoas de seus sócios, conferindo-lhe autonomia.

Uma capacidade de exercer, em seu nome, todos os direitos compatíveis com a natureza especial de sua personalidade, possuindo uma identificação, um domicílio, e uma nacionalidade. Têm direito à vida e à boa reputação, direitos patrimoniais, além da responsabilidade pelos atos de seus representantes. (LOPES, 2000, p. 374)

Neste sentido, à Sociedade de Propósito Específico, desde que regularmente constituída, será conferida esta autonomia, com as prerrogativas já descritas.

Uma questão pode surgir com relação aos efeitos da personalidade jurídica, envolvendo a SPE, quando esta é constituída por uma ou mais pessoas jurídicas.

Na medida em que, já existe um agrupamento de pessoas a quem foi conferida personalidade jurídica, qual a razão de ser de um novo ente?

Vários argumentos apresentam uma resposta positiva a esta pergunta. Para o objeto deste trabalho, no entanto, um tem maior relevância, que é a própria autonomia da pessoa jurídica, sobre a qual se discorre.

Um cuidado deve ser tomado no estudo da personalidade jurídica.

Apesar parecer existir uma contraposição da pessoa jurídica em relação às pessoas físicas, esta não existe. Pelo contrário, a pessoa jurídica se equipara à pessoa natural como já explicitado.

Já com relação à autonomia da pessoa jurídica, esta se dá em relação às pessoas que a constituíram, naturais ou jurídicas.

Na hipótese de ocorrer a constituição de uma sociedade da qual participe uma, ou mais, pessoa jurídica determinar-se-á uma distinção entre as duas, com autonomia da criatura em relação à sua criadora.

Ilustra este argumento a hipótese, prevista na Lei de Sociedades Anônimas²³, de criação de uma sociedade anônima composta de um só acionista, que recebe o nome de subsidiária integral, “funcionando como órgão auxiliar, embora como é curial, **com personalidade jurídica absolutamente distinta da sociedade acionista.**” (ALMEIDA, 2005, p. 308) (grifo nosso)

Aqui, então, vai-se além da simples idéia de constituir-se uma sociedade em razão de não se conseguir atingir um fim como indivíduo.

Pode-se constituir uma nova sociedade por ser melhor que um fim seja atingido por meio de outro ente. E retoma-se a crítica feita à posição de José Edwaldo Borba sobre a SPE, para ressaltar que esta afirmativa não deve ser jamais tomada como a idéia de um negócio escuso, ou ilegal.

Assim, em determinadas situações, faz sentido a criação de uma sociedade, para a realização de um só negócio jurídico, em seu nome, não em nome de seus sócios, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas.

Deste modo, há uma lógica na constituição de uma nova pessoa jurídica, ainda que por outra já existente, como foi questionado acima.

²³ “Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.” (BRASIL, 1976)

E tal lógica pode ser desenvolvida com base em distintos argumentos ligados, justamente, à questão da autonomia conferida pela personalidade jurídica, em especial com relação à SPE.

3.1. A SPE e sua personificação

A autonomia da pessoa jurídica em relação àquelas que a constituíram sintetiza a importância da SPE da forma como apresentada neste trabalho, em especial, quando uma das sócias é outra pessoa jurídica.

Trabalhando com esta hipótese, pessoa jurídica, uma ou mais, constituindo a SPE, a autonomia entre elas ganha vulto pela possibilidade de aplicação prática de um novo modelo de gestão envolvendo os mais variados aspectos societário, administrativo, financeiro, contábil, tributário, por exemplo, todos eles voltados para o objeto específico para qual foi constituída a SPE.

A questão societária talvez seja uma das principais vantagens, pois, permite que duas pessoas sejam sócias, apenas, naquele negócio, sem a necessidade que se alterar um quadro societário já existente, cujas demais atividades não são de interesse comum.

Deste modo, pode se estabelecer numa SPE um novo regime tributário, adequado à forma como seus sócios farão a entrada de recursos e a retirada de seus resultados.

Uma SPE que tenha como objeto um negócio envolvendo vários investidores permitirá um melhor acompanhamento de seus fomentadores, na medida em que seus dados serão restritos ao seu objeto em si.

Assim, a publicação de demonstrativos contábeis próprios da SPE permitem que sua real situação seja aferida, o que não ocorreria se este mesmo objeto descrito junto com outros negócios de uma de suas sócias.

Nesta hipótese, um investidor pode melhor acompanhar a aplicação dos recursos que cedeu ao negócio.

Aliás, toda esta questão de riscos do resultado do objeto da SPE se minimiza em razão da autonomia, na medida em que, seu desempenho não se sujeita a problemas em outras áreas de seus sócios.

Assim, a autonomia financeira implica em um direcionamento prévio dos recursos que virão de seus sócios, muitos deles no momento da própria constituição, não se sujeitando aos imprevistos de seus constituintes.

Aliás, é neste sentido que a SPE se apresenta como uma das alternativas previstas na Recuperação Judicial de empresas, segregando-se da sociedade em recuperação uma parte de seus ativos, para que possam, em uma nova pessoa jurídica “saudável” gerar receita para cumprimento de suas obrigações.

Cite-se como efeito positivo, neste caso, a possibilidade de uma SPE constituída para atender um plano de recuperação judicial captar recursos no mercado financeiro, o que é tarefa muito mais complexa para uma empresa em situação de recuperação judicial.

A autonomia entre ambas permite que o agente financeiro conceda o crédito à SPE com base em sua realidade, pouco, ou nada, importando a situação de sua sócia em recuperação.

Igualmente, uma nova e compacta estrutura administrativa permitirá à SPE a adoção de eficientes práticas de governança corporativa, especialmente, no que diz respeito à transparência de suas operações e atividades.

Nesta mesma linha, seu custo operacional será adequado à sua atividade, permitindo um alcance mais eficiente e rápido dos resultados pretendidos, com menor onerosidade aos seus fomentadores.

São inúmeras as vantagens em se constituir uma SPE para um negócio específico, em confronto com a realização deste negócio por uma estrutura já existente.

A destacada importância autonomia da SPE beneficia-a internamente, mas, em especial é extremamente salutar nas relações da sociedade com terceiros.

Se a crítica de José Edwaldo Borba estava condicionada a existência de danos a terceiros, os argumentos aqui lançados a enfraquecem.

É clara a diminuição da possibilidade de danos a terceiros que negociem com a SPE, seja pela sua melhor eficiência, seja pela facilidade de verificação de sua “saúde”.

E, não é demais ressaltar, que não se está a considerar o risco inerente ao negócio em si, inevitável qualquer que seja a situação.

Mesmo estes, apesar de inevitáveis, com a autonomia entre as pessoas, tem seu efeito reduzido caso ocorram.

3.2. Da empresa individual de responsabilidade limitada

Apesar de o objetivo do presente trabalho estar vinculado às sociedades, não apenas, mas, em especial as empresárias, cumpre, a título de esclarecimento tratar da recente inovação do ordenamento jurídico brasileiro que é a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, designada pela sigla EIRELI.

A inovação consubstanciou-se com a inserção no Código Civil do Título I - A²⁴, que dispõe sobre o instituto em questão.

²⁴ "Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

Com efeito, deve-se afastar a idéia de que se trata de sociedade unipessoal, pois, sociedade, não é.

E a distinção é cabível, pois, os institutos “sociedade” e “empresa” estão extremamente próximos um do outro, gerando inadequada confusão.

Aliás, o próprio Código Civil (BRASIL, 2002) distingue as duas figuras conceituando-as nos artigos 966 e 981, sendo a primeira a atividade econômica para a circulação e produção de bens e serviços, e a outra a união de pessoas para exercício de atividade comum, com finalidade econômica, visando a partilha dos resultados.

Neste sentido, a idéia de empresa está vinculada à atividade econômica exercida, pois, é daí que deriva seu conceito, enquanto o cerne da sociedade está no agrupamento de pessoas.

Tanto não se confunde empresa com sociedade, que no próprio código civil, já existe a figura do empresário individual. Também, não será a empresa, o estabelecimento onde a atividade empresarial é exercida, conforme destacado na exposição de motivos do próprio código civil²⁵.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.” (BRASIL, 2002)

²⁵ “Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela *empresa*, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

[...]

Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Assim, não se pode compreender a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada como verdadeira sociedade unipessoal, mas, tão somente, como a figura do antigo empresário individual, a quem a legislação, estendeu a possibilidade de aquisição de personalidade jurídica.

Apesar de não se tratar de sociedade, razão pela qual, não se pode admitir a figura como apta à constituição de uma Sociedade de Propósito Específico, sua inserção neste trabalho não se dá, apenas, em razão de lhe ser conferida personalidade jurídica, mas, pelas vantagens peculiares às pessoas jurídicas que lhe foram conferidas.

Com efeito, poder-se-á observar na EIRELI a autonomia em relação ao seu constituinte, a distinção patrimonial e a limitação de responsabilidade, que serão tratados adiante, podendo-se, por óbvio, ser-lhe aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que também será objeto de estudo aqui.

Se na SPE há um grupo de pessoas em torno da prática de apenas um negócio jurídico, na EIRELI, há uma pessoa só, interessada em praticar vários negócios.

Para melhor realização de tais negócios, ambas, necessitam das prerrogativas concedidas com a personalidade jurídica.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, *empresa* e *estabelecimento* são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são "os titulares da empresa".

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, "a unidade econômica de produção", ou "a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços". A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais "estabelecimentos", os quais são complexos de bens ou "bens coletivos" que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de "ato de comércio", é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de "fundo de comércio" cede lugar à de "estabelecimento". [...].

Disciplina especial recebem, no Projeto, os "titulares da empresa", que podem ser tanto uma pessoa física (o *empresário*) como uma pessoa jurídica (a *sociedade empresária*). (Brasil, 2002)

3.3. Distinção patrimonial

Traço marcante da autonomia da sociedade é a distinção patrimonial entre seus bens e o de seus sócios.

Fran Martins (2011), afirma que constituída a sociedade, passa ela a ter patrimônio próprio constituído, inicialmente, pela contribuição que seus constituintes fizeram, ou prometeram fazer, formando-se o já mencionado capital social.

Ao destacarem bens dos patrimônios dos sócios para formação da sociedade, cria-se um patrimônio comum, que deixa de ser deles, a fim de se materializar no da sociedade.

O destaque patrimonial dos sócios para formar o acervo patrimonial societário, é assim destacado por Waldemar Ferreira (1961, p.106/107), ao tratar da personalidade jurídica:

“Por ser a sociedade comercial, [...], pessoa jurídica de Direito Privado, [...] a primeira e mais importante das conclusões, [...], é a de ter ela existência distinta da de cada um de seus membros. Não somente existência. Também seu patrimônio. Inconfundível é esse com os dos sócios. [...]. Formado com as partes desagregadas de seus patrimônios, por que os sócios se obrigaram; e agregadas essas partes em acervo ou massa única, esta se integra no patrimônio da pessoa jurídica, então criada. Transfundem-se as parcelas dos patrimônios individuais no patrimônio comum ou societário, a pertencer exclusivamente à sociedade.

[...]

O patrimônio social é, pois, da sociedade. Só e exclusivamente dela”

Este patrimônio, pois que pertencente só à sociedade, é que vai responder no seu todo pelas obrigações por ela assumidas perante terceiros, de modo que, a responsabilidade da sociedade será sempre ilimitada em relação às suas obrigações, podendo a dos sócios, ser limitada, em função do tipo societário. (MARTINS, 2011, p.162)

Jorge Lobo (2004, p.53), ao tratar da responsabilidade dos sócios, ressalta a criação de um patrimônio distinto, afetado, de modo a dar sustentáculo às obrigações da sociedade, isentando os bens dos sócios desta função.

“... a responsabilidade dos sócios quotistas é limitada ao valor do capital social, o que lhes permite criar um patrimônio separado ou de afetação, destinado à constituição da sociedade, sem pôr em risco bens pessoais, corpóreos ou incorpóreos, de cada um, a partir do momento em que se dá a integralização do capital social. (grifo nosso)

A questão da responsabilidade do patrimônio de seu detentor pelas obrigações por ele assumidas não gera maiores indagações, pois, consolidada em nosso direito.

Contudo, esta garantia, não é a única razão de ser da constituição de um patrimônio e sua distinção, pois, que este é elemento de vital importância da existência da própria sociedade.

Ou seja, o patrimônio tem função garantidora das obrigações assumidas pela sociedade, mas, antes de por elas responder, o patrimônio compõe a própria sociedade, especialmente as empresárias, constituindo fundo autônomo à disposição desta para a realização dos fins previstos em seu objeto. (MENDONÇA, 1963, p. 29)

Este patrimônio societário, formado pela aglutinação daquilo que foi transferido pelos sócios com o resultado positivo de sua atividade, tem, desta forma, dúplice função, é garantia e fomenta a atividade fim da sociedade.

Assim, com a constituição da sociedade forma-se o “capital social”, que corresponde ao valor dos bens que os sócios se transferiram para a sociedade, ou se comprometeram a transferir.

Cada sócio deste modo contribui com uma “cota” que pode constituir-se de qualquer tipo de bem, corpóreo ou incorpóreo, móveis ou imóveis, e até mesmo seu trabalho, sendo mais usual a integralização por meio de dinheiro.

Qualquer que seja a natureza do bem, o valor da cota será sempre representado por uma quantia em dinheiro, em moeda corrente nacional.

Adverte João Eunápio Borges (1991, p. 275) que, uma vez feita a transferência do bem, a propriedade da coisa é adquirida pela sociedade, não havendo direito do sócio que a cedeu reavê-la na liquidação da sociedade, a menos que expressamente haja esta estipulação no contrato social.

E completa, afirmando que a avaliação em dinheiro da coisa, põe o sócio que assim contribuiu em posição igual aos que integralizaram o capital em espécie, tendo as diversas cotas uma só natureza.

Cumpre, no entanto, esclarecer que nas sociedades anônimas há distintas categorias de sócios, o que gera distintos direitos e obrigações para cada uma delas, o que pouco nos importa, na medida em que, sempre haverá um valor específico para cada ação, e o limite da responsabilidade do sócio, como se verá, será sempre restrito ao valor de suas ações.

O patrimônio da sociedade é, assim, o conjunto de valores de que esta dispõe, dinheiro, créditos, imóveis, móveis, etc., bem como suas dívidas, títulos pagar, saldo devedor de empréstimos, folha salarial, impostos devidos, denominado passivo, ao passo que ao que ela dispõe dá-se o nome de ativo. A diferença entre o ativo e o passivo é considerada seu “patrimônio líquido”.

“Patrimônio” e “capital social”, portanto, não se confundem, sendo aquele o conjunto de bens e direitos que a sociedade possui, e este, a expressão em dinheiro do valor do patrimônio fornecido pelos sócios na constituição da sociedade.

Merece atenção esta diferença, pois, no início da vida da sociedade, geralmente, eles se equivalem.

Este patrimônio sofre alterações no decorrer da vida da sociedade conforme destaca Borba (2001, p.42/43):

“Verifica-se, por conseguinte, que o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia-a-dia da empresa – a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que

esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando.

O patrimônio inicial da sociedade corresponde mais ou menos ao capital. Iniciadas as atividades sociais, o patrimônio líquido tende a exceder o capital, se a sociedade acumula lucros, a inferiorizar-se, na hipótese de prejuízos.”

Com o destaque patrimonial dos sócios em favor da sociedade, eles não ficam prejudicados, pois sua quota de participação no capital equivale ao valor do bem transferido.

Esta participação confere ao sócio não só uma participação patrimonial, mas também permite ao sócio deliberar e fiscalizar a sociedade, votar e ser votado, gerir a sociedade, receber eventuais dividendos, além da percepção de parte do acervo social no caso de dissolução da sociedade ou apuração de haveres. (GONÇALVES NETO, 2008, p. 320)

Igualmente, como já dito (notas 17 e 18), esta contribuição limita a responsabilidade patrimonial dos sócios, pois desde a transferência de parte de seus bens, com a integralização do capital social nada mais pode lhe ser exigido pela própria sociedade ou por seus credores.

3.4. Distinção patrimonial na SPE

A distinção patrimonial é outro ponto que na constituição de uma SPE deve ser observado positivamente.

Como aqui discorrido, o patrimônio tem duas funções preponderantes dentro de uma sociedade: fomentar sua atividade e servir de garantia a seus credores, sendo que numa SPE, tais funções são melhor desempenhadas.

Já se discorreu aqui sobre a formação do patrimônio das sociedades, e dos conceitos de patrimônio e capital social, lembrando que, na sua constituição ambos se aproximam.

E é nesta aproximação que a distinção patrimonial é característica favorável à SPE.

Por se tratar de uma estrutura montada para a prática de um negócio determinado, o dimensionamento de seus custos pode ser feito com estreita margem de erro, permitindo, como em qualquer projeto, a realização de um orçamento prévio bem feito, com melhor identificação da demanda de recursos.

Neste sentido, numa SPE os recursos inicialmente alocados pelos sócios, geralmente, corresponderam ao necessário para a realização de seu objeto.

Enquanto sociedades em geral, no momento de sua constituição, o capital social está mais vinculado à idéia de limitação de responsabilidade dos sócios, como se verá adiante, e a montagem de acervo patrimonial à idéia de início de atividades, na SPE é visãõ deve ser outra.

Em função de sua existência diminuta e atividade restrita, não se vislumbra numa SPE um elevado ganho patrimonial durante sua existência, até mesmo por que, seus resultados positivos devem ser alcançados com o final de seu objeto, revertendo-se em favor dos sócios, com pouca relevância direta para a mensuração de seu patrimônio.

Pouco importará a imobilização de ativos na SPE, em alguns casos ela sequer existirá, de modo que, na sua constituição, seu patrimônio inicial voltar-se-á para a realização de seu negócio fim.

Ou seja, a função do patrimônio de fomentar a atividade será total na SPE.

Com efeito, a pouca probabilidade de acréscimo com o desenvolvimento de suas atividades, implica em dizer que o patrimônio da SPE será formado essencialmente pelo capital social integralizado em sua constituição.

Mais do que nunca, o sucesso da SPE dependerá da necessidade de real integralização do capital social, em razão de sua já mencionada adequação a um prévio orçamento.

Daí por que afirmar que, na SPE o patrimônio representa com melhor eficiência a função de fomentar a atividade.

Lado outro, esta necessidade de real integralização do capital social, com imediata criação de um acervo patrimonial, reflete-se positivamente na função de garantia das obrigações em relação aos terceiros.

Em primeiro lugar, por que, em se tratando de sociedade com responsabilidade limitada, o fato de os sócios, desde o início, realizarem sua parcela do capital, significa a desnecessidade de buscar em seu patrimônio o cumprimento desta obrigação.

Por conseguinte, com esta integralização há a efetiva constituição de um acervo patrimonial, ou seja, há suporte para as obrigações dos credores da SPE.

E conjugando os dois argumentos, a existência de um patrimônio efetivo desde a constituição e seu dimensionamento à atividade, igualmente, estará atendida a função de garantia, sob o aspecto não de suporte à inadimplência, mas de evitar que esta ocorra.

Comparando-se com as sociedades em geral, onde o capital social pouco tem relevância prévia para o desenvolvimento de suas atividades fim, e a formação do patrimônio é algo que ocorre com a aglutinação dos resultados positivos, na SPE as funções do patrimônio podem ser declaradas mais eficientes, pois, se apresentam desde sua constituição.

A autonomia patrimonial da SPE pode, deste modo, ser comparada à afetação do patrimônio nas incorporações imobiliárias, no que tange à segurança das obrigações, sem com ela se confundir, dada a clara distinção entre os institutos.

3.5. Da limitação da Responsabilidade

No presente trabalho, muito já se mencionou sobre a limitação da responsabilidade dos sócios, cabendo, agora um aprofundamento.

Waldemar Ferreira (1961, p.383), falando sobre a evolução histórica da limitação da responsabilidade do sócio dizendo que “tantos são os azares dos negócios e tão ruinosos seus efeitos, que por várias formas se tem procurado restringir a responsabilidade dos sócios.”

Dessa forma, a limitação de responsabilidade do sócio nasce, historicamente, de uma necessidade de diminuição do risco na participação do sócio.

Ao integrar uma sociedade na qual sua responsabilidade é limitada, o sócio saberá qual o tamanho da parcela de seu patrimônio que estará envolvida no empreendimento, diferindo-se das sociedades ilimitadas, nas quais este compromete todo seu patrimônio, independentemente de sua participação societária.

Esta limitação aparece, inicialmente, como uma regra dentro das sociedades por ações, que por sua complexidade e tamanho, acabaram por provocar a criação de uma estrutura societária menor e simplificada, para atender aos comerciantes médios que não estavam satisfeitos com a ampla responsabilidade ilimitada das demais sociedades existentes à época²⁶.

²⁶ “A partir da Revolução Industrial de 1770, surgiu a necessidade prática de criação de sociedades em que os sócios respondessem limitadamente pelos riscos da atividade mercantil, com celeridade capaz de atender às exigências da expansão desmedida das relações mercantis, sem os formalismos então vigentes para as sociedades anônimas, dentre eles a obrigatoriedade de obter autorização estatal para sua constituição. A adoção dos modelos das sociedades de pessoas, que acarretavam a responsabilidade ilimitada de todos os sócios ou, quando não, dos seus sócios dirigentes, desestimulava essas iniciativas para enfrentar um mercado bem mais organizado e de produção em massa. Isso fez crescer o interesse na criação de um novo tipo societário que permitisse aos sócios (i) não depender de autorização governamental para sua criação, (ii) reduzir formalismos, e (iii) gozar da limitação de sua responsabilidade às operações sociais.” (GONÇALVES NETO, 2008, p. 307)

Conforme ressalta (Campinho, 2007, p.54), o núcleo central em torno do conceito de responsabilidade dos sócios é a obrigação destes em relação às dívidas da sociedade.

Como já tratado, o patrimônio social tem função de garantia das obrigações da sociedade, marcadamente em função da autonomia que lhe foi conferida com a aquisição da personalidade jurídica.

Marca-se, assim, a limitação, pela integralização pelos sócios das quotas do capital social que formará o patrimônio da sociedade.

Neste ponto, surge uma clara distinção entre a Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima, pois, apesar de em ambas os sócios assumirem a obrigação de concorrer para a formação do capital, correspondentes às cotas ou ações, nas Anônimas esta responsabilidade se circunscreve nas ações subscritas por cada um, enquanto que nas limitadas, não.

Nas sociedades limitadas, os sócios têm responsabilidade solidária pela integralização do capital.

Ou seja, além de ser responsável pelo cumprimento da quantia com que se obrigou na constituição da sociedade, responde, ainda, pela garantia do ingresso efetivo dos recursos que todos os sócios prometeram para a integralização do capital, de forma solidária até o limite de sua efetivação.

Daí a razão de se marcar o limite do início da limitação da responsabilidade dos sócios com a integralização do capital da sociedade limitada, pois, até que isto ocorra, o patrimônio particular de qualquer dos sócios, mesmo os que regularmente integralizaram sua cota, pode ser executado para realização total do capital.

Cumprida esta exigência, como dito, estabelece-se o regime de limitação da responsabilidade.

E isto se dá em razão da conjunção de fatores que aqui tratamos, qual seja a aquisição de uma personalidade jurídica, somada ao destaque patrimonial de cada sócio para formar um patrimônio próprio da sociedade.

A limitação da responsabilidade dos sócios, especialmente na SPE, guarda estreita relação com a questão da autonomia patrimonial, já tratada, sobretudo com relação à integralização do capital social e a formação do patrimônio.

Especialmente com relação à segurança na relação com terceiros, retomando-se, pois, a crítica de Borba, a limitação de responsabilidade dos sócios na SPE ganha importância, sobretudo, se observada por outro ângulo.

Em geral, como o próprio nome diz, a limitação de responsabilidade dos sócios é examinada sob o enfoque da proteção patrimonial do sócio contra os riscos do empreendimento.

Contudo, a limitação da responsabilidade do sócio é via de mão dupla, na medida em que, também não podem, os credores particulares do sócio, buscar no patrimônio da sociedade a satisfação de suas obrigações.

Deste modo, os terceiros que se relacionam com a sociedade, e os terceiros que se relacionam com a pessoa do sócio têm segurança.

Os primeiros, pelo fato que sabem que os infortúnios da vida particular do sócio não interferirão no desempenho econômico da sociedade, pois, conforme tratado no item sobre a distinção patrimonial, na SPE geralmente, o sócio terá integralizada sua parte logo de início.

Ainda que seja de responsabilidade do sócio a injeção de recursos para o desenvolvimento da atividade, seu infortúnio apenas encerraria este aporte, sem prejuízo, contudo, da garantia estabelecida com a integralização.

Do mesmo modo, os credores pessoais do sócio sabem que, limitada sua responsabilidade pela integralização de sua parte no capital social, um mau

desempenho da sociedade não o obrigará a maior desfalque patrimonial em favor da sociedade.

Estas situações são de suma importância na SPE, se levado em consideração que ela, geralmente, ligada a realização de um negócio ou projeto.

Como já tratado aqui, estas atividades, como quaisquer outras trazem riscos, sejam os inerentes ao próprio negócio, sejam os acidentais, de modo que a limitação da responsabilidade dos sócios reduz os limites da expansão desses riscos.

Aliá a limitação da responsabilidade nada mais é do que a limitação do risco, conforme demonstra a evolução histórica do instituto, brevemente, tratada aqui.

Tanto a evolução da limitação da responsabilidade quanto a evolução da própria sociedade, seguem a direção da necessidade de institutos menos complexos, facilitando o investimento na atividade objeto, e minimizando os riscos do negócio.

E neste sentido, nada mais limitante dos riscos de uma atividade do que a constituição de uma pessoa jurídica para tratar só dela.

A SPE, portanto, poderia ser encarada como a síntese moderna da limitação da responsabilidade do investidor.

De certa forma, a SPE, também, pode ser encarada como um instrumento de limitação da relação societária.

Assim, a limitação entre os sócios se dá apenas pelo período de tempo em que perdura o seu objeto, e tão somente com relação a este.

Deste modo, os sócios da SPE não se vinculam nem mais, nem além, do que aquilo que lhes for de comum interesse.

E este querer limitar sua responsabilidade não pode, jamais, ser interpretado como escusa para responder por suas obrigações.

Pelo contrário, é a certeza de que se pode responder pelas obrigações até o limite assumido, inclusive, garantido.

Pede-se licença para se dizer que, isto nada mais é do que aplicação prática da sabedoria popular de que “não se devem colocar todos os ovos na mesma cesta”.

É perfeitamente legítima a opção de circunscrever sua responsabilidade a uma SPE, qualquer que seja a motivação da pessoa, desde que lícita, é óbvio.

Se várias são as prerrogativas concedidas às pessoas jurídicas, e, conforme aqui de discorre, a SPE tem nelas elemento de destaque positivo, não se pode conceber que tais prerrogativas sejam utilizadas indevidamente.

A respeitosa crítica de Borba que, não menos respeitosamente, foi aqui contraposta, encerra-se, justamente, com a alternativa da desconsideração da personalidade jurídica para coibir o abuso, justamente, da limitação da responsabilidade do sócio.

Em que pese, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, descrita a seguir, trabalhe com todos os conceitos até aqui estudados, pois todos eles podem ser objeto de abuso e manipulação pelos sócios, é a limitação de responsabilidade que mais a importa.

4 – DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A constituição de uma sociedade personificada é, como visto, meio para que um grupo de pessoas atinja determinado fim comum entre eles.

O início deste trabalho contrapôs-se ao entendimento de José Edwaldo Borba a respeito do uso da SPE, especialmente, pela sua crítica ao seu uso dissimulado, não para um fim que é só dela, mas, para servir de anteparo aos seus constituintes.

O autor encerra sua crítica afirmando que cumpridas as obrigações da SPE sem causar dano a ninguém, na há contra-indicação à sua criação, apresentando como solução às hipóteses de insolvência ou de inadimplência a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Tem, em parte, razão o doutrinador invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como uma solução para arcar com débitos da sociedade insolvente ou inadimplente.

E sua razão é parcial por que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem aplicação direta e imediata para quaisquer casos de inadimplência.

Com efeito, a personificação implica em conferir à sociedade uma série de prerrogativas, todas elas em torno de sua existência autônoma, com destaque para questão patrimonial.

Contudo, em algumas hipóteses observa-se um abuso destas prerrogativas por parte daqueles que constituem uma sociedade, desvirtuando sua finalidade.

O próprio Borba (2001, p.15) assim pontua o problema:

“Ninguém nega que as sociedades têm personalidade distinta da dos sócios.
Todavia vem-se afirmando gradativamente o entendimento de que a personalidade jurídica não deve constituir couraça acobertadora de

situações antijurídicas. Aos sócios ou acionistas não será dado utilizar a pessoa jurídica como um instrumento para fins que não a destinara a ordem jurídica.”

Deste modo, havendo abuso, ou mau uso, das prerrogativas da personificação, em especial a distinção e autonomia patrimonial, pode ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Teoria, pois, nasce de uma construção doutrinária e jurisprudencial, originada nos Estados Unidos e na Inglaterra com o nome de *disregard of legal entity*, ganhando o direito alemão, com forte influência nas doutrinas italiana e espanhola, atingindo o ordenamento jurídico brasileiro. (REQUIÃO, 2008)

Aqui, ganhou força com sua previsão no Código de Defesa do Consumidor²⁷, posteriormente, com lei 8.884/94²⁸ que trata da repressão às infrações contra a ordem econômica, depois com a lei 9.605/98²⁹ tutelando o meio ambiente, culminando com sua inclusão no Código Civil, que em seu artigo 50 dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002)

A teoria da desconsideração tem aplicação, pois, nas hipóteses em que, por má-fé, dolo, ou atitude temerária, a sociedade não estiver sendo empregada para os fins a que se destina, sendo manipulada, especialmente, no que diz respeito à questão patrimonial.

²⁷ “Art. 28 – O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.” (BRASIL, 1990)

²⁸ “Art. 18 – A personalidade jurídica do responsável por infração de ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.” (BRASIL, 1994)

²⁹ “Art. 4º - ... poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.” (BRASIL, 1998)

Neste sentido, como explica o exemplo tomado pela doutrina americana, entendendo a personalidade jurídica como um “véu” que recai sobre os sócios, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, apenas, “levanta” este “véu” atingindo os que sobre ele se encontram.³⁰

Com efeito, a metáfora é pertinente na medida em que, a personalidade jurídica é simplesmente “desconsiderada”, sem que seja deixada de ser reconhecida sua validade.

Aliás, para que haja aplicação desta teoria é imprescindível a existência válida da pessoa jurídica, cuja personalidade é utilizada de forma indevida. Se a personalidade é nula ou anulável, estar-se-á diante de outra figura jurídica, cujo exame foge do escopo deste trabalho.

“Não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la, ineficaz para determinados atos.” (Requião, 2008 p.218)

Assim, momentaneamente, o juiz desconsidera as regras que separam a pessoa jurídica de seus sócios, para fazer com que eles e respectivos patrimônios, diretamente, respondam pelo mau uso da personalidade jurídica.

Importante destacar a presença, em todas as normas citadas, do verbo “poder” exprimindo, sem margens para discussão, o caráter eventual e episódico de sua aplicação pelo Poder Judiciário, único detentor desta faculdade.

A desconsideração da personalidade jurídica pode, deste modo, ser classificada como uma medida momentânea e eventual.

De uma análise conjunta das citadas normas que prevêem a aplicação desta teoria, pode se extrair alguns elementos necessários à sua aplicação.

³⁰ “Nos Estados Unidos chegou-se a falar em *lifting the veil*, ou seja, *levantar o véu da pessoa jurídica* para serem atingidos diretamente os sócios.” (Martins, 2011, p. 164)

Em primeiro lugar, pode se destacar a ocorrência de um prejuízo a terceiro, pois, ensejando a desconsideração.

Este prejuízo deve ser oriundo de abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, ou ato ilícito, ou ainda, do desvio das finalidades estabelecidas no estatuto ou contrato social.

Ainda, pode ser resultado de má administração, levando à redução do patrimônio em detrimento dos credores.

Por fim, a utilização da pessoa jurídica como obstáculo para ressarcimento de prejuízos, ou confusão patrimonial.

Campinho (2007, p.72), acompanhando a visão de Fabio Ulhôa Coelho, no entanto, faz crítica à normatização, que não teria previsto a hipótese de fraude, da teoria pelo direito pátrio, alegando que o excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, já enseja a responsabilização direta destes, sendo desnecessária a superação da personalidade.

Este argumento em nada prejudica a aplicação da teoria da desconsideração, apenas, destaca o argumento aqui lançado, da excepcionalidade da medida.

Contraopondo-se à este argumento de Campinho, Borba (2001, p.17) ressalta que “atinge-se o sócio porque a autuação foi dele, não da sociedade”, o que parece ser a melhor interpretação para a ausência da menção direta à fraude, pois, só quando essa se fizesse presente no ato praticado aplicar-se-ia a desconsideração.

Exemplo que ilustra bem esta distinção seria a hipótese de que um veículo seja adquirido pela sociedade para uso pessoal de um de seus sócios. Contudo, se, podendo adquirir um veículo como pessoa natural, o sócio opta por fazê-lo em nome da sociedade para, se fazendo valer da autonomia patrimonial ludibriar seus credores, a personalidade deve ser desconsiderada.

A teoria fala em desconsiderar a personalidade para responsabilizar a pessoa do sócio. Entretanto, admite-se a chamada desconsideração inversa, bem ilustrada pelo exemplo supra, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça.

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal *a quo* pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido.”³¹ (grifo nosso)

³¹ REsp 948.117/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010

A decisão ressalta o fato de que a desconsideração será levada a efeito em um processo judicial, com as garantias a ele inerentes, em especial o ônus da prova, o contraditório, e a motivação da decisão que a aplica.

Com este entendimento, da desconsideração inversa, reforça-se a idéia de uso da personalidade jurídica para ocultar um interesse individual do sócio.

Compreende-se, neste ponto, a afirmativa lançada por Borba (2001, p.494) de que a SPE constituiria verdadeira hipótese de desconsideração de personalidade jurídica, mantendo-se, contudo, por tudo que até aqui se expôs, a divergência.

E a divergência se mantém, justamente, por essa necessidade de demonstração inequívoca do abuso da personalidade para aplicar a desconsideração, cuja excepcionalidade é destacada pelo próprio autor. (BORBA, 2001, p. 17)

Ou seja, quaisquer que sejam as variáveis de mau uso da personalidade jurídica, jamais, poder-se-á o presumir.

Neste sentido, a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico deve ser, sempre, vista como uma faculdade daqueles que tem capacidade jurídica para fazê-lo. Só a patente demonstração de seu uso indevido é que enseja a desconsideração.

E ai, novamente, a SPE é instituto que confere mais segurança à relação jurídica com terceiro, na medida em que, sua estrutura reduzida, em todos os aspectos, especialmente, no que diz respeito à administração, finanças e contabilidade, torna mais fácil a detecção do abuso da personalidade.

5 – DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Importa em muito ao presente trabalho, a questão da dissolução da sociedade, por ser a mais natural das situações envolvendo a SPE.

Com efeito, a dissolução da sociedade implica no fim do exercício de seu objeto social.

Segundo destaca Borba (2001, p.75), “com a dissolução encerra-se a fase ativa da sociedade, que, a partir daí, entra em liquidação, que é uma espécie de preparação para a morte.”

A liquidação é o período de fechamento das contas, devendo ultimar os negócios pendentes e realizar o ativo e o passivo, mantendo, neste período, sua personalidade jurídica, sem, contudo, poder realizar novos negócios³².

Os artigos 1.033³³ e 1.034³⁴ do Código Civil tratam das hipóteses de dissolução da sociedade, e, apesar de não constarem deles a hipótese clara de encerramento da sociedade com o alcance de seu fim, como o é na SPE, a solução se encontra no artigo seguinte:

“Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.” (BRASIL, 2002)

³² “ocorrendo a dissolução, por qualquer das causas que a determinam, a sociedade deixa (pelo menos, deve deixar) de perseguir a realização dos fins que justificaram sua constituição e se volta para sua extinção. Os atos que pratica daí por diante caracterizam fase de liquidação, que se encerra com a extinção da pessoa jurídica, quando não houver mais ato a praticar na satisfação de todos os seus credores e no rateio do acervo restante (*reliquat*) entre os sócios.” (GONÇALVES NETO, 2008, pag. 267)

³³ “Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;
 II - o consenso unânime dos sócios;
 III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;
 IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;
 V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.” (BRASIL, 2002)

³⁴ “Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

I - anulada a sua constituição;
 II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade.” (BRASIL, 2002)

Neste sentido, a lei permite que no ato de constituição de uma sociedade, seus sócios estipulem que ela será dissolvida quando determinado fim for alcançado, exatamente, o que ocorre com a SPE.

Assim, com a ocorrência da condição terminativa da SPE, que é a realização de seu objeto fim, impõe-se sua dissolução, e tem início sua liquidação.

Na liquidação, os bens da sociedade serão transformados em dinheiro a fim de quitar as dívidas da sociedade.

Em caso de dívidas ativas e passivas que ainda não venceram, a solução pode ser a cessão, ou a antecipação de seu pagamento, mediante a concessão de descontos.

Feitos os pagamentos, a liquidação se ultima com a partilha do saldo patrimonial da sociedade, que será distribuído aos sócios de acordo com sua participação societária.

Será então realizada uma prestação de contas final, para ser levada à averbação no registro próprio.

Seguindo esta dinâmica, observa-se outra grande vantagem de SPE.

Conforme ressaltado diversas vezes neste trabalho, a possibilidade de planejamento prévio da SPE inclui, com certeza, sua extinção.

A SPE, pela singularidade de seu objeto, permite que o desmonte societário se dê de forma rápida e objetiva.

Uma vez que a SPE é constituída para prática de atos em torno de um objeto limitado, a realização deste objeto significa o encerramento de suas atividades.

A realização de um planejamento adequado permite que todas as obrigações contraídas pela a SPE tenham vencimento dentro do cronograma de suas atividades, chegando a realização de seu objeto com um passivo zerado, em especial com relação às questões fiscais e tributárias.

Como a SPE tem como atividade principal a realização de seu objeto fim, a maior parte de seu resultado, ou talvez a totalidade dele, será obtida com seu término, só neste momento, passando a integrar o patrimônio social.

O resultado, aliás, deve coincidir com o interesse individual de cada sócio antes de sua constituição, de modo que, no próprio ato de constituição, estipular-se-á a distribuição destes resultados.

Igualmente, o planejamento prévio de suas atividades, permite saber quais bens serão adquiridos pela sociedade, e, por conseguinte, pode-se determinar seu futuro de imediato.

A doutrina compara a dissolução e liquidação da empresa à morte e o inventário da pessoa natural.

Neste sentido, pode-se afirmar que a SPE já contaria com verdadeiro “testamento”, estando estipulado tudo que ocorrerá com seu fim.

E somente assim deve ser pensada a constituição de uma SPE.

Voltando à crítica de Borba, uma SPE só será aceita se, ao seu final, não restar prejuízos a terceiros.

Nota-se que, sua natureza breve permite um planejamento de eliminar os resíduos obrigacionais na sua extinção.

6 - PREVISÕES LEGAIS DE APLICAÇÃO DA SOCIEDADE PROPÓSITO ESPECÍFICO

A possibilidade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico encontra previsão no disposto no artigo 981 do Código Civil, que em seu parágrafo primeiro, permite que a sociedade seja formada para a realização de um ou mais negócios jurídicos.

Neste caso, a exegese do artigo é que o remete à SPE, na medida em que isto não se dá de forma expressa em seu texto.

Contudo, outros dispositivos legais, tratam a mencionam de forma expressa, como é o caso da Lei de Falências e da Lei de Parcerias Público Privadas, já citadas neste trabalho.

Além destas duas normas, menciona a Sociedade de Propósito Específico a Lei nº 11.478, de 29 de maio de 2007, que Institui o Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I).

Neste capítulo, far-se-á uma breve análise destas normas, destacando-se sua relação com os argumentos lançados do decorrer do trabalho.

6.1 A SPE na recuperação judicial de empresas

Inicialmente, a menção à Sociedade de Propósito Específico na Recuperação Judicial de Empresas.

Com efeito, a recuperação judicial é meio para que o empresário em estado de crise econômica e financeira apresente a seus credores um meio de saldar suas dívidas, evitando-se sua falência, e preservando sua atividade³⁵.

A Lei 11.101 (BRASIL, 2006), que trata da Falência e Recuperação Judicial de empresas, apresenta, em seu artigo 50, uma série de alternativas para tirar a empresa desta desagradável situação.

“Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

³⁵ “A recuperação judicial conforme o art. 47 da nova Lei, ‘tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica e financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e o dos interesses dos credores, promovendo, assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.’

Caracteriza-se o estado de crise econômica e financeira, que enseja o pleito da recuperação judicial com a ocorrência: a) de dificuldades temporárias dos negócios; b) de iliquidez; c) de insolvência; d) de fato revelador de que a situação patrimonial está a reclamar uma readequação planejada das atividades empresariais.

Demonstrando esta conjuntura difícil e a viabilidade de restaurar a normalidade, pode o empresário ou sociedade empresária pleitear a recuperação judicial, com vista à apresentação de um plano que pode envolver um dos meios previstos nos dezesseis itens do art. 50 da nova Lei [...]” (PACHECO, 2009, pag. 12)

§ 1o Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2o Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.” (grifo nosso)

Nota-se que, do texto da norma, destacou-se outros itens além daquele que, expressamente, faz menção à Sociedade de Propósito Específico, sugerindo-a para adjudicação de ativos pelos credores.

E diz-se, sugerindo pelo fato de que, as alternativas descritas na norma são exemplificativas, pois, seu *caput* traz a expressão “entre outras”, permitindo, assim, que a empresa em recuperação se utilize do que melhor servir à reversão de seu quadro.

Por tal razão, é possível extrapolar a adjudicação de ativos, do inciso XVI, imaginando outros objetos a justificar a constituição de Sociedade de Propósito Específico na Recuperação Judicial.

Os destaques aqui realizados dos incisos II e X demonstram que a constituição de uma sociedade foi pensada pelo legislador como meio alternativa para a recuperação judicial, independente de seu propósito.

Assim, apesar de a Sociedade de Propósito Específico encontrar menção expressa, apenas, no inciso XVI, os itens II e X, a ela dizem respeito.

E outro não poderia ser o entendimento, pois, uma vez que a Recuperação Judicial tem como ponto central por um fim na crise econômica e financeira, a proposta de inserção no plano de recuperação de uma sociedade, obriga que esta cumpra, em seu papel social, aquele objetivo.

Ou seja, qualquer criação de sociedade dentro do plano de recuperação judicial trará essencialmente este espírito em seu objeto. E não apenas em relação ao seu objeto,

mas, no que diz respeito ao espírito que a cria, específico, para reversão da situação de crise econômica e financeira.

Assim, com base na norma em exame, pode-se imaginar a constituição de uma Sociedade Propósito Específico, que tenha objeto distinto da mera adjudicação de ativos em favor de seus credores.

E como mencionado anteriormente, e diante do escopo deste trabalho, a constituição de uma SPE como meio à Recuperação Judicial justifica-se em razão da autonomia e da distinção patrimonial desta nova pessoa jurídica, além é claro da limitação de responsabilidade.

Em qualquer das hipóteses imagináveis, a empresa em recuperação cederia à nova sociedade seus ativos, que integrariam o patrimônio desta, cuja distinção é marcante, mesmo na hipótese de se tratar de uma subsidiária integral.

Com efeito, a distinção patrimonial é igualmente nítida, na hipótese apresentada pelo legislador de transferência de ativos aos credores.

Na hipótese desta nova sociedade ser constituída entre a empresa em recuperação e seus credores, sua autonomia permitir-lhe-á a prática dos negócios inerentes a sua atividade sem que a situação de crise de sua sócia macule sua imagem.

Do mesmo modo, seus sócios, os credores, dela participariam por meio de seus créditos, que em razão da limitação de responsabilidade, seria seu único risco.

Com esta configuração, a sociedade teria como propósito específico o a satisfação dos credores que dela fariam parte, por meio dos resultados obtidos com sua atividade, utilizando-se dos ativos transferidos da empresa em recuperação.

Quitados todos os débitos, atingiria seu fim, extinguindo-se.

Observam-se, aqui, todos os elementos destacados no restante deste trabalho, o que o coloca em consonância com o intuito do legislador.

E não só a norma falimentar comunga deste ideal, como já destacado no intróito deste capítulo.

6.2 A Sociedade de Propósito Específico nas parcerias público privadas

As Parcerias Público Privadas, forma inovadora de concessão, é instituto viabilizador de delegação, por parte do Poder Público, de obras e serviços.

A modalidade é regulada no Brasil pela Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que em seu artigo 2º, define o que vem a ser esta parceria entre o Estado e a iniciativa privada.

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Neste sentido, Motta (2007, p.41) define a concessão de serviço público como a concessão feita pelo Poder Público (a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município) à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para prestação destes serviços, por sua conta e risco e por prazo determinado, mediante licitação.

Ou seja, é a possibilidade de o Poder Público transferir ao particular a execução de um serviço de sua própria competência atribuída constitucionalmente.

Isto se justifica em razão da insuficiência de recursos públicos para acobertar os interesses da sociedade.

Desde modo, nos momentos em que o Estado se considera incapaz de desenvolver determinada atividade que lhe compete, busca na iniciativa privada a execução deste mister, sem contudo, deixar de ser por ele responsável.

Interessante a lição de Marçal Justen Filho (2005, p.501), sobre a natureza concessão:

“A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada ao Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.”

Observa-se, assim, na concessão a presença de elementos semelhantes àqueles encontrados nas sociedades, inclusive o contrato plurilateral, nelas analisado por Túlio Ascarelli (2008), além da natureza associativa, o caráter econômico e a conjugação de esforços em torno de um objeto comum.

No sentido dos conceitos aqui desenvolvidos, há uma conjugação de esforços em torno de um objetivo comum.

De maneira alguma se quer, aqui, equiparar a concessão pública à sociedade, institutos absolutamente distintos, mas, tão somente, destaca-se uma leve semelhança entre alguns de suas características.

As concessões, como as permissões, podem se feitas diretamente a uma única (natural ou jurídica), ou a um agrupamento delas em consórcio³⁶ (de pessoas

³⁶ Consórcio é o contrato feito pela companhia e outras sociedades com a finalidade de executar determinado empreendimento. Deve esse contrato ser aprovado pelo órgão da sociedade que tiver competência para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, e dele constarão a designação do consórcio, se houver, o empreendimento que constituir o seu objeto, a duração, o endereço e foro, as obrigações e responsabilidades e as prestações específicas de cada sociedade consorciada. [...]

jurídicas), para prestação dos serviços, sendo esta última a forma mais comum para os serviços de maior volume, e mais, complexos, como, por exemplo, as obras públicas.

Contudo, a ausência de personalidade jurídica dos consórcios representava um problema para o poder concedente, na medida em que o liame era instável e de difícil fiscalização, conforme destaca Requião (2003, p. 47):

“Haverá a presença de uma pessoa jurídica especializada, em substituição ao consórcio despersonalizado, com a vantagem daquela representar maior estabilidade, dado que os contratos de concessão públicos são muito complexos e celebrados com prazos muito longos. A pessoa jurídica, ainda, segregando obrigações, patrimônio e riscos, operações e contabilidade, permite melhor fiscalização por parte do poder concedente, deixando mais nítida a responsabilidade da empresa concessionária e de seus sócios componentes.”

Neste sentido já haviam sido editadas normas relativas às concessões de serviços públicos, com a exigência de que os consórcios delas participantes passassem a se formalizassem com seu registro³⁷.

No mesmo sentido, foi editada em 31 de dezembro de 2004, Lei 11.079, que regulamenta as Parcerias Público Privadas, onde surge a menção expressa à Sociedade de Propósito Específico, à ela dedicando seu Capítulo IV.

“Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

O consórcio não tem personalidade jurídica; as consorciadas respondem apenas pelas obrigações assumidas, sem presunção de solidariedade (MARTINS, 2007, p. 400/401).

³⁷ Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, que institui normas e para licitações e contratos com a administração pública e Lei 9.074 de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4o deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.” (BRASIL, 2004)

E aqui, observa-se que, não outras são as razões para a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico, se não as já apontadas no decorrer do estudo.

A adoção de uma estrutura administrativa própria, assegurando-se padrões de governança corporativa, a contabilidade e os demonstrativos financeiros próprios, já destacados quando aqui se tratou da autonomia da pessoa jurídica, foi objeto de previsão legal.

A ilustração da segurança obtida pelo investidor com a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico é clara, neste caso, o governo.

A pessoa jurídica, ainda, segregando obrigações, patrimônio, riscos, operações e contabilidade permite melhor fiscalização por parte do concedente, deixando mais nítida a responsabilidade da empresa concessionária e de seus sócios componentes.

E as medidas de segurança para o investimento e de garantia da realização do objeto do contrato não se limitam às regras do artigo 9º, sendo completadas com o disposto nos artigos 5º³⁸ e 8º³⁹ da mesma lei.

³⁸“Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

De sua exegese percebe-se a presença da limitação de responsabilidade, bem como as garantias, especialmente, de ordem patrimonial, e o intuito de limitação de riscos, características associadas à personificação, atribuídas a esta união entre o Poder Público e os particulares em torno de um objetivo comum e determinado.

Aliás, a Parceria Público Privada é o melhor exemplo de tudo aqui que aqui se tratou, com a presença de todos os elementos objeto do estudo.

A necessidade de um projeto prévio, com previsão dos custos da atividade a ser desenvolvida, e a imprescindível vinculação da estrutura da SPE a este objeto, demonstrando ser ela bastante para sua consecução.

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas. (BRASIL, 2004)

³⁹ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei. (BRASIL, 2004)

O destaque patrimonial do Poder Público, limitando sua responsabilidade e risco ao capital investido, afastando a possibilidade de que o insucesso do empreendimento lhe cause mais riscos.

Estes e outros elementos se apresentam nas normas que regulam a espécie, apontando para acertada escolha do legislador em usar a SPE para garantia do interesse público.

E note-se que a SPE é escolhida por apresentar uma nova e autônoma personalidade jurídica, moldada especialmente para o desempenho daquela atividade, em contraposição à antiga fórmula, do consórcio, desprovido de personalidade jurídica, e da sociedade em si, sujeitando o andamento do serviço concedido aos seus infortúnios.

6.3 - A Sociedade De Propósito Específico Na Lei 11.478/2007

Outra norma que traz em seu conteúdo previsão de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico é a Lei 11.478 de 29 de maio de 2007 (anexo I), e que trata da instituição de Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I).

Neste caso, o objeto (art. 1º, *caput* e § 1º) é o investimento em novos projetos de infra-estrutura e produção econômica, nas áreas de energia, transporte, água e saneamento, irrigação e outras, definidas pelo Governo Federal, para os quais serão constituídos fundos, sob a forma de condomínio fechado, constituídos como Sociedade de Propósito Específico, adotando o modelo de sociedade por ações, de capital aberto ou fechado (art. 1º, §3º).

A lei em questão é bastante minuciosa quanto à estipulação das regras que marcam a forma com que a SPE deve ser constituída, ressaltando os temas objeto do presente estudo.

E todos mesmo, inclusive a questão envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, o que pode parecer absurdo, mas, se dá de forma direta.

De fato, a previsão de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem previsão nos textos que aqui foram destacados quando sobre ela se discorreu.

Por outro lado, seria um tremendo contra-senso na mesma norma se exigir a constituição de uma pessoa jurídica e ao mesmo tempo prever seu uso de forma inadequada ou abusiva.

No entanto, ainda que indesejável, pode ocorrer o abuso.

Especialmente nas hipóteses de fundos de investimento, como é o caso da norma em questão, onde a atividade é a gestão de títulos e valores mobiliários, além de aplicações financeiras, por sua natureza, mais vulneráveis às manipulações.

Assim, ao invés de se submeter o mau uso da personalidade jurídica à teoria de sua desconsideração, o legislador preferiu o caminho inverso.

Em primeiro lugar, obrigou à constituição de uma sociedade personificada.

E assim o fazendo, estipulou regras para sua constituição de modo a limitar as possibilidades de que seus constituintes dela fizessem uso inadequado, medida de extrema inteligência, pois, por se tratar de fundo de investimento, a má conduta se refletiria em prejuízos de ordem financeira, cuja reparação poderia ser insuficiente e demorada, mesmo com a aplicação da teoria da desconsideração.

Ao estipular, no parágrafo 4º, do artigo 1º, que 90% (noventa por cento) do patrimônio deve ter aplicação em ativos específicos, ressalta a função de consecução do objeto do fundo, coibindo seu desvirtuamento, e limitando os riscos.

O parágrafo 6º, do artigo 1º, ao determinar um mínimo de 5 (cinco) sócios, bem como sua participação societária a 40% (quarenta por cento) das cotas, adéqua a estrutura societária ao intuito de seu objeto.

Note-se a segurança transmitida pela SPE, pois, só com este modelo é possível a estipulação de regras para sua condução, de modo a manter um rígido controle de suas ações.

E tal controle só é possível em razão de se vislumbrar sociedade e seu objeto por um todo, adequando-se as regras de sua constituição à eficiência de seu desempenho e limitação dos riscos.

Observa-se, com tais exemplos, que o legislador pátrio, em significativas oportunidades, fez uso da Sociedade de Propósito Específico, ora para como alternativa para determinadas situações jurídicas, ora, como medida de segurança contra o interesse público.

Nos casos que ilustram este trabalho, a escolha da Sociedade de Propósito Específico pelo legislador, revela-se estreitamente ligada às características que lhe são conferidas com sua personificação e com a limitação de responsabilidade do sócio, em consonância com os argumentos nele lançados.

7 - CONCLUSÃO

A necessidade de o homem se unir a outros que com ele comungam um mesmo interesse é antiga.

A evolução deste fenômeno conduz ao reconhecimento pelo direito desta união, denominada sociedade.

E à medida que as sociedades vão se aprimorando, novas figuras se apresentam, sempre de modo a facilitar o alcance deste objetivo comum.

Chega-se, a um ponto em que a sociedade é reconhecida como ente, capaz de direitos e obrigações.

Dentro deste cenário, se materializam tipos societários, cada qual sujeitando seus sócios e a própria sociedade a distintas regras, com destaque especial àquela que limita a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade.

Esse processo evolutivo, em que as pessoas vão encontrando formas mais adequadas de se unirem, acaba por resultar na Sociedade de Propósito Específico.

Instituto de origem estrangeira, derivando das *joint ventures*, ganha aplicabilidade no Brasil, com a previsão expressa no Código Civil de 2002 da possibilidade de constituição de uma sociedade para a prática de apenas um negócio jurídico.

Não se apresenta como um novo tipo societário, mas, como o que poderia ser chamada de uma “solução” dentro do direito societário.

Lembrando que a sociedade é uma forma de as pessoas se agruparem em torno de um objetivo comum, para a prática de atividades econômicas, a Sociedade de Propósito Específico se apresenta para as hipóteses em que este agrupamento se limita a um negócio jurídico.

Deverá, sempre, adotar um dos tipos societários previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Ganha, contudo, relevância especial, quando adota a forma de sociedade personificada em que a responsabilidade dos sócios é limitada.

A personalidade jurídica confere à sociedade uma série de prerrogativas, permitindo às pessoas que a constitui o alcance de objetivos inalcançáveis pelos indivíduos sozinhos.

A pessoa jurídica passa a ser vista como um ente, adquirindo uma série de prerrogativas próprias da pessoa natural, tais como nome, domicílio, e capacidade para a prática de atos jurídicos.

Em especial, a personalidade jurídica confere à sociedade a distinção entre ela e seus sócios, tornando-se autônoma em relação a estes.

A partir daí, a sociedade passa a ser senhora de direitos e obrigações agindo em nome próprio.

Conseqüência desta distinção entre a pessoa jurídica e as pessoas que a constituem, a distinção patrimonial e a limitação de responsabilidade destas, tem fundamental importância.

A formação de uma pessoa jurídica permite que seus constituintes lhe transfiram bens a fim de permitir o desenvolvimento de sua atividade.

Esta passagem de bens do patrimônio próprio, do sócio, para um patrimônio comum, da sociedade, além do desenvolvimento das atividades, reforça sua autonomia, passando ela a ter substância material para a garantia de suas obrigações.

No mesmo sentido, a partir do momento em que é feito o destaque patrimonial do sócio em favor da sociedade, há a imposição de um limite de responsabilidade, circunscrito ao tamanho desta parcela destacada.

As obrigações da sociedade serão garantidas pelo seu próprio patrimônio, autônomo em relação aos sócios, que apenas comprometem de seu acervo a parcela destacada na formação da sociedade.

E sob esta ótica da autonomia da personalidade jurídica e da limitação da responsabilidade dos sócios é que a Sociedade de Propósito Específico mostra-se extremamente vantajosa.

Sua característica básica, que a de se estabelecer sobre um único objeto, permite que sua constituição seja minuciosamente planejada.

Este planejamento permite que as prerrogativas atreladas à personalidade jurídica sejam utilizadas de modo a aprimorar sua eficiência em sua função social, que é a de realizar seu objeto.

Desta forma, uma SPE será sempre constituída de modo que sua estrutura societária, seu capital social, seu patrimônio sejam voltados para uma alcance eficaz do resultado positivo do negócio em torno do qual foi criada.

O mesmo se diga das questões relativas à administração e gestão da sociedade, que, em razão da autonomia de sua personalidade jurídica, permite estabelecer um sistema distinto daqueles que a constituíram, não se podendo esquecer, do enquadramento tributário.

Esta adequação significa, além da eficiência no alcance de sua meta principal, segurança para investidores e terceiros que com ela se relaciona, reduzindo todos os riscos a que o negócio está sujeito, e limitando-o, apenas a estes.

Isto por que, a autonomia entre a SPE e seus sócios impede que haja uma “contaminação” onde infortúnios experimentados por estes se reflita naquela.

Melhor exemplo disso é a possibilidade de uma empresa em estado de recuperação judicial poder constituir uma SPE.

Não só no planejamento, mas, na fiscalização e no acompanhamento de suas atividades, a SPE permite melhor observação de sua realidade.

Com efeito, a diminuição dos riscos aos terceiros que com ela tratam não está, apenas, na melhora de sua eficiência, mas, na distinção patrimonial.

Por sua natureza a SPE é constituída com patrimônio que pouco se alterará durante sua vida, o que significa que sua função de garantia das obrigações da sociedade estará atendida desde sua gênese.

A distinção patrimonial, bem como a singularidade de seu objeto, permite considerar o patrimônio da SPE como patrimônio de afetação, especialmente, se tomado como meio de garantia das obrigações.

Consequência lógica de tudo isso, a limitação da responsabilidade constitui outra vantagem na utilização da SPE.

O sócio que dela tomar parte terá uma visão clara de quanto de seu patrimônio será comprometido com o empreendimento, uma vez que, na SPE, sua participação no capital representa, quase sempre, representa a totalidade do investimento que lhe será exigida.

Com tantas vantagens na utilização de uma Sociedade de Propósito Específico, especialmente, na sua eficiência para alcance de seu fim, bem como, na segurança nas relações com terceiros, a SPE só pode ser vista negativamente, na hipótese de distorção destes elementos aqui descritos.

É, e sempre será, ótimo mecanismo de adequação societária à prática de um negócio singular.

Contudo, toda estas características ligadas à personalidade podem ser utilizados de forma indevida, atendendo a outros fins que não aqueles encerrados em seu objeto.

Estas situações devem ser vistas como exceção, não se podendo, nunca, ter a SPE em mente como um mecanismo a serviço da fraude ou à lesão de terceiros.

Nas hipóteses em que se fizer mau uso da SPE, a solução é idêntica à aplicável às demais sociedades personificadas.

Impõe-se, assim, a desconsideração de sua personalidade jurídica, teoria de construção doutrinária e jurisprudencial de origem anglo-saxã, já recepcionada em diversos diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o Código Civil de 2002.

Segundo esta teoria, nas hipótese em que haja, abuso da utilização da pessoa jurídica, sua personalidade será desconsiderada, sem que perca sua validade, para, em casos específicos e momentaneamente, fazer com que o sócio, pessoalmente, responda, inclusive com seu patrimônio particular.

Tem aplicação prática naquelas hipóteses em que a pessoa jurídica serve de anteparo para que o sócio atenda seu próprio interesse, realizando atos ilícitos, com fraude, ou desvirtuando os objetivos estipulados no ato constitutivo da sociedade.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como mecanismo de defesa do abuso da pessoa jurídica, evita que a SPE seja vista como um instrumento para lesão de terceiros, ou ocultação de responsabilidade, pois, apresenta solução idêntica à aplicável às sociedades personificadas em geral.

A Sociedade de Propósito Específico apresenta-se, ainda, significativa vantagem no que diz respeito à sua liquidação, na medida em que, pode-se planejar se fim, sem que permaneçam resquícios obrigacionais.

Deste modo, a Sociedade de Propósito Específico é excelente alternativa para prática de um negócio singular, criando uma estrutura societária a ele adequada, evitando-se que a situação individual de seus sócios interfira ou prejudique seu desempenho.

Conforme exposto neste trabalho, estas vantagens estão, diretamente, ligadas à autonomia de sua personalidade jurídica e a limitação de responsabilidade de seus sócios.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação Judicial - 25a ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Manual das Sociedades Comerciais (Direito de Empresa) - 15ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- ANTUNES, José Augusto Q. L. Engrácia. **Os grupos de sociedades (estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietária).** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** São Paulo: Quorum, 2008.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **“A joint venture uma perspectiva comparativista.”** *REVISTA DE DIREITO MERCANTIL*, abr-jun. 1981: 39-60.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código dos Estados Unidos do Brasil comentado - vol. 2.** Rio de Janeiro: Rio, 1958.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre - 5a ed.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BRASIL. **Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2012
- BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2012
- BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2012
- BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2012
- BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio**

ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2012

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2012

BRASIL. Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2012

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004_2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 11 de setembro de 2012

BRASIL. Lei nº 11.478, de 29 de maio de 2007. Institui o Fundo de Investimento em Participações em Infra-Estrutura - FIP-IE e dá outras providências. Institui o Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11478.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2012

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil** - 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Inácio. **Contratos no direito civil brasileiro** - 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito Comercial - 3o vol.** São Paulo: Saraiva, 1961.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil** - 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial** - 10a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades Limitadas - Vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. vol. I** - 9a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas** - 5a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio** - 33a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro - vol. 3**. 6a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado - t. 49**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência** - 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** - 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial - 1º vol.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito comercial - 2o vol.** 23a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa: Lei 10.406, de 10.01.2002** - 1a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil, v. XIV: livro II, do direito de empresa**; coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANEXO

LEI Nº 11.478, DE 29 DE MAIO DE 2007

Institui o Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e o Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte

Lei:

Art. 1º As instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para o exercício da administração de carteira de títulos de valores mobiliários poderão constituir Fundo de Investimento em Participações em Infraestrutura (FIP-IE) e Fundo de Investimento em Participação na Produção Econômica Intensiva em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I), sob a forma de condomínio fechado, que terão, respectivamente, por objetivo o investimento no território nacional em novos projetos de infraestrutura e de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, consideram-se novos os projetos de infraestrutura implementados a partir da vigência desta Lei por sociedades especificamente criadas para tal fim, em:

- I - energia;
- II - transporte;
- III - água e saneamento básico;
- IV - irrigação; e
- V - outras áreas tidas como prioritárias pelo Poder Executivo Federal.

§ 1º-A. Além dos dispositivos previstos no § 1º, consideram-se novos os projetos de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação implementados a partir da vigência desta Lei por sociedades específicas criadas para tal fim e que atendam à regulamentação do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT).

§ 2º Os novos projetos de que tratam os §§ 1º e 1º-A deste artigo poderão constituir-se na expansão de projetos já existentes, implantados ou em processo de implantação, desde que os investimentos e os resultados da expansão sejam segregados mediante a constituição de sociedade de propósito específico.

§ 3º As sociedades de propósito específico a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo serão necessariamente organizadas como sociedades por ações, de capital aberto ou fechado.

§ 4º No mínimo 90% (noventa por cento) do patrimônio do FIP-IE e do FIP-PD&I deverão ser aplicados em ações, bônus de subscrição, debêntures, conversíveis ou não em ações, ou outros títulos de emissão das sociedades de que trata o § 3º, desde que permitidos pela regulamentação da CVM para fundos de investimento em participações.

§ 5º (revogado)

§ 6º O FIP-IE e o FIP-PD&I deverão ter um mínimo de 5 (cinco) cotistas, sendo que cada cotista não poderá deter mais de 40% (quarenta por cento) das cotas emitidas pelo FIP-IE ou pelo FIP-PD&I ou auferir rendimento superior a 40% (quarenta por cento) do total de rendimentos dos fundos.

§ 7º As sociedades de que trata o § 3º deverão seguir, pelo menos, as práticas de governança corporativa estabelecidas pela CVM para as companhias investidas por fundos de investimento em participações.

§ 8º O FIP-IE e o FIP-PD&I deverão participar do processo decisório das sociedades investidas com efetiva influência na definição de suas políticas estratégicas e na sua gestão, notadamente por meio da indicação de membros do Conselho de Administração ou, ainda, pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle, pela celebração de acordo de acionistas ou pela celebração de ajuste de natureza diversa ou adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

§ 9º O não atendimento pelo FIP-IE ou pelo FIP-PD&I de qualquer das condições de que trata este artigo implica sua liquidação ou sua transformação em outra modalidade de fundo de investimento, no que couber.

§ 10. O FIP-IE e o FIP-PD&I terão o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após obtido o registro de funcionamento na CVM para iniciar suas atividades e para se enquadrarem no nível mínimo de investimento estabelecido no § 4º.

§ 11. Aplica-se também o disposto no § 10 deste artigo na hipótese de desenquadramento do fundo por encerramento de projeto a que se referem os §§ 1º, 1º-A e 2º.

Art. 2º Os rendimentos auferidos no resgate de cotas do FIP-IE e do FIP-PD&I, inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o *caput* serão tributados:

I - à alíquota 0 (zero), quando auferidos por pessoa física em operações realizadas em bolsa ou fora de bolsa;

II - como ganho líquido, à alíquota de 15% (quinze por cento), quando auferidos por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

III - (revogado)

§ 2º No caso de amortização de cotas, o imposto de renda incidirá sobre o valor que exceder o respectivo custo de aquisição à alíquota de que trata o caput deste artigo.

§ 3º No caso de rendimentos distribuídos à pessoa física, nas formas previstas no *caput* e no § 2º, tais rendimentos ficam isentos do imposto sobre a renda na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se somente aos fundos referidos nesta Lei que cumprirem os limites de diversificação e as regras de investimento constantes da regulamentação estabelecida pela CVM.

§ 5º Na hipótese de liquidação ou transformação do fundo, conforme previsto no § 9º do art. 1º desta Lei, aplicar-se-ão as alíquotas previstas nos incisos I a IV do caput do art. 1º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Art. 3º As perdas apuradas nas operações de que trata o art. 2º desta Lei quando realizadas por pessoa jurídica tributada com base no lucro real não serão dedutíveis na apuração do lucro real.

Art. 4º A Comissão de Valores Mobiliários e a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda regulamentarão, dentro de suas respectivas competências, o disposto nesta Lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de maio de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Guido Mantega