



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISABELLA LUCIA POIDOMANI

A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS
E O ÂMBITO DE ATUAÇÃO PELA AUTONOMIA PRIVADA
NO DIREITO EMPRESARIAL

Salvador
2017

ISABELLA LUCIA POIDOMANI

**A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS
E O ÂMBITO DE ATUAÇÃO PELA AUTONOMIA PRIVADA
NO DIREITO EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito
para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Salvador
2017

P749

Poidomani, Isabella Lucia,

A Simulação através de Sociedades Empresárias e o âmbito de atuação pela autonomia privada no Direito Empresarial / por Isabella Lucia Poidomani. – 2017.

196 f.

Orientadora: Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2017.

1. Direito Empresarial. 2. Direito Privado - Autonomia. 3. Sociedades comerciais - Legislação. I. Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. II. Universidade Federal da Bahia. III. Título.

CDD-346.065

ISABELLA LUCIA POIDOMANI

**A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E O
ÂMBITO DE ATUAÇÃO PELA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO
EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca Examinadora

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Orientadora)

Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil.
Universidade Federal da Bahia

João Glicério de Oliveira Filho

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Brasil.
Universidade Federal da Bahia

Paula Andrea Forgioni

Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo, Brasil.
Universidade de São Paulo

Salvador, ____ de _____ de _____.

A

Giuseppe Eduardo (in memoriam), amado avô, por ter revelado a toda a nossa família o lado doce da vida.

AGRADECIMENTOS

Ingressar em um Mestrado é, com certeza, um desafio que muitos dos que optam pela vida acadêmica podem vir a enfrentar. Para mim, especificamente, ingressar no Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia aos 23 anos de idade foi um enorme desafio e, por isso, tenho muito a agradecer.

Foram dois intensos anos, que já não sei dimensionar a velocidade com que passaram. Ao longo deles, o cansaço fez com que muitas das verdades que até então eu tinha como absolutas fossem flexibilizadas. Neste momento, tive que ser humilde e reconhecer a inconstância das minhas convicções e verdades. Aproveitar as adversidades para crescer e aprender.

Neste curso, me deparei com muitas pessoas e, antes de adentrar nos agradecimentos em específico, gostaria de agradecer a cada um que cruzou comigo nesta jornada e dizer-lhes o quanto sou grata pelos momentos divididos. Pelas experiências compartilhadas, alegrias e sofrimentos. Colegas, amigos e professores que contribuíram principalmente com o aprendizado intelectual e também para o meu amadurecimento pessoal.

Sou grata ao destino e à sorte, por colocarem em meu caminho pessoas e situações que tanto puderam agregar a este trabalho, pois sozinha não poderia encontrá-las. Acredito muito que estes dois fatores estão sempre permeando os nossos caminhos e tentei aproveitar o melhor que me proporcionaram.

Agradeço muito a Deus, por me guiar, me proteger, e também por não me poupar de todas aquelas situações que tanto me fizeram aprender. Por ter me ajudado a encontrar as respostas.

Agradeço a minha mãe, Norma Lucia Eduardo, por sempre me guiar e me orientar nesta jornada que é a vida.

Ao meu querido irmão, Mauricio Eduardo, por tanto me fazer aprender com o seu jeito singular, com a sua fidelidade às suas convicções.

Ao meu amado avô, Giuseppe Eduardo (in memoriam), pela constante doçura, por sempre confiar em mim e acreditar no que falava, mesmo quando não entendia. À minha avó, Norma Lucia Martins Eduardo, pela sinceridade e pelo carinho.

Aos meus tios Ítalo, José Vicente, Jeane e Lara, por todo o apoio e compreensão ao longo desta jornada. Agradeço muito por sempre acreditarem em mim, mesmo nos momentos em que eu mesma duvidava.

À minha prima, Elane, pela leveza e humor que sempre coloriram os dias de toda a família.

A Roxana Borges, minha orientadora, que com muita atenção e paciência me ensinou tanto sobre pesquisa e me fez persistir nos momentos mais difíceis.

A João Glicério Filho, por ter me inserido na vida acadêmica e sempre ter me estimulado a persistir neste caminho, com integridade e seriedade. Por ser um exemplo, além de um amigo, que levo pela minha vida e carreira.

A Irena e a Gabriela, amigas tão atenciosas e carinhosas, que estiveram muito presentes durante o período de mestrado.

A Victor, por ter me acompanhado durante esta trajetória, com tanto carinho e paciência.

À Família do Fraga & Trigo Advogados, pela convivência diária em um excelente ambiente de trabalho e por serem os profissionais que tanto me estimulam a querer crescer.

A Luca, pela companhia constante nos momentos de escrita.

A todos os amigos verdadeiros que fiz nesta vida pelo constante apoio. Aqueles do Núcleo Duro, Samory, amigos da graduação, amigas de infância, amigos da ilha, amigos do Marista.

A todos os funcionários da PPGD, em especial a Luiza, e a todos os bibliotecários, que me deram auxílio e suporte para a conclusão desta pesquisa.

Sei que, a cada instante, sempre disse a cada um de vocês “obrigada”. Mas é muito importante reiterar a minha gratidão.

Muitíssimo obrigada!

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar os atos constitutivos de pessoas jurídicas empresárias e quais os limites de atuação dos sujeitos envolvidos, em sua maioria, os próprios sócios, para que não se venha a configurar uma simulação. Critica-se a formação de negócios jurídicos simulados, o que fere a segurança jurídica nas relações privadas e o ordenamento jurídico como um todo. Assim, deverá ser estudada a simulação enquanto ilícito civil e quais os seus efeitos jurídicos, limitando-se à constatação de consequências no âmbito civil, posto que não será objeto desta pesquisa o estudo das sanções penais. Pretende-se analisar o âmbito de atuação por meio da autonomia privada no Direito Empresarial, compreendendo quais os elementos que irão desencadear uma simulação. O avanço legislativo conferido com a promulgação do Código Civil de 2002 atende aos anseios sociais, que já eram objeto de estudo e discussões doutrinárias nos mais diversos ordenamentos, inclusive no brasileiro, com a mudança de tratamento dada aos negócios jurídicos simulados, ao concebê-los como nulos. Ademais, verifica-se com a pesquisa que as normas de Direito Privado passaram a receber a carga de princípios constitucionais, o que reforça a necessidade de busca pela concretização da segurança jurídica e da boa-fé nas relações negociais. A pesquisa proposta, na vertente jurídico-dogmática, é teórica e pretende realizar um estudo dos institutos acima mencionados, em confronto com os princípios constitucionais que regem a ordem jurídica brasileira. Pretende-se observar, então, quais os efeitos práticos decorrentes destas situações.

Palavras-chave: Negócio jurídico. Nulidade. Simulação. Autonomia privada. Pessoa jurídica.

ABSTRACT

This research intend to analyse the pluryilateral constitutive acts of corporate legal entity and what are the boundaries for the actuation of the subjects involves, in majority, the partners themselves, so it won't be considered a simulation. It is criticized the formation of simulated legal transactions, which harms legal certainty in private relationships and the entire law system. Therefor, the simulation should be studied as illicit civil act and its legal effects, limited to the acknowledgement of civil consequences, since the criminal penalties won't object of this research. It is intended to analyse the sphere of action thru privet autonomy on corporative law, understanding which are de elements that unleash a simulation. The legal avence brought by the promulgation of the Civil Code of 2002 answers to the social yearnings, which already were object of study and law doctrinal discussions in many countries, including Brazil, with a different treatment given to the simulated legal transactions conceiving them as null. Furthermore, it's verify by this search that the norm of privet law started to gain the straight of constitutional principals, which reforce the necessity to seek for the concretization of legal security and good-faith in dealing relationships. The proposed research, in the aspect juridic and dogmatic, is theoretical and intend to implement a study of the mentioned institutes, in confront with constitutional principals that lead the Brazilian law. The aim is to observe, then, which are the practicals effects incurred by this situations.

Keywords: Legal Business. Nullity. Simulation. Private Autonomy. Legal Entity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O REGRAMENTO DA VONTADE E O TRATAMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E NO DIREITO EMPRESARIAL	14
2.1 A VONTADE E A AUTONOMIA DOS SUJEITOS NO MUNDO JURÍDICO.....	14
2.1.1 A vontade no âmbito jurídico e as teorias sobre a vontade	15
2.1.2 A evolução da autonomia privada no ordenamento jurídico pátrio.....	22
2.1.3 A concepção principiológica do Código Civil de 2002	27
2.2 TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS	32
2.2.1 Fato jurídico <i>lato sensu</i>	33
2.2.2 Fato jurídico <i>stricto sensu</i>	35
2.2.3 Ato-fato jurídico	36
2.2.4 Atos jurídicos lícitos	36
2.2.4.1. O regramento do negócio jurídico no Código Civil de 2002	41
2.2.5 Atos jurídicos ilícitos	44
2.3 A AUTONOMIA PRIVADA DO EMPRESÁRIO E A NATUREZA CONTRATUAL DOS ATOS CONSTITUTIVOS DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA.....	45
2.3.1 Negócios jurídicos contratuais plurilaterais no Código Civil de 2002 e a natureza jurídica dos atos constitutivos de sociedade empresária.....	46
2.3.2 Autonomia privada no direito empresarial.....	53
3 A INVALIDIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS POR SIMULAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	60
3.1 A INVALIDIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	60
3.2 A SIMULAÇÃO COMO HIPÓTESE DE NULIDADE ABSOLUTA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	65
3.2.1 Conceito doutrinário de simulação	65
3.2.2 Análise comparativa entre os regimes da simulação no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002.....	67
3.2.3 As modalidades de simulação no Código Civil de 2002	75
3.2.4 A proteção conferida ao terceiro de boa-fé	79
3.3 OS CONCEITOS DE INSTITUTOS JURÍDICOS PRÓXIMOS À SIMULAÇÃO	81
3.3.1 A fraude contra credores	81

3.3.2 A reserva mental.....	85
3.3.3 O negócio fiduciário	87
3.3.4 O abuso de direito.....	89
4 A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA.....	95
4.1 A SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENQUANTO PESSOA JURÍDICA.....	95
4.1.1 Conceito e natureza jurídica do instituto pessoa jurídica	96
4.1.2 Pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro	100
4.1.3 Efeitos da personalidade jurídica das pessoas jurídicas empresárias	103
4.1.4 Extinção da personalidade jurídica e despersonalização da sociedade empresária	105
4.1.5 A crise da função da pessoa jurídica e as distorções no seu uso.....	105
4.2 AS HIPÓTESES DE SIMULAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS PLURILATERAIS DE CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA	107
4.2.1 A simulação da sociedade empresária	107
4.2.2 A simulação na sociedade empresária	111
4.3 A DISTINÇÃO DOS EFEITOS DA SIMULAÇÃO DAS OU NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	114
4.3.1 A desconsideração da personalidade jurídica: teorias e conceito jurídico	114
4.3.2 Comparação entre os efeitos jurídicos práticos da desconsideração da personalidade jurídica e da configuração de simulação	123
4.3.2.1 Premissas teóricas.....	123
4.3.2.2 Análise de casos práticos.....	128
5 OS LIMITES ENTRE O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS.....	134
5.1 O USO DE INTERPOSTAS PESSOAS (“LARANJAS”) COMO FORMA DE SIMULAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS NO BRASIL.....	134
5.1.1 Conceito de sócio, administrador, procurador da sociedade empresária e de sócio “laranja”.....	135
5.1.2 O sócio real como administrador, procurador ou que não figura em qualquer ato	138
5.1.3 As sociedades de fachada como forma de simulação em contraposição com a liberdade em figurar no ato constitutivo sócio com participação irrisória	140
5.2 PLANEJAMENTO PATRIMONIAL E “BLINDAGEM PATRIMONIAL”: FORMAS LÍCITA E ILÍCITA DE ORGANIZAÇÃO DE PATRIMÔNIOS E SOCIEDADES.....	143
5.2.1 Conceito de patrimônio	143

5.2.2 Blindagem patrimonial: a ilicitude na tentativa de esconder patrimônio dos devedores	145
5.2.3 Planejamento sucessório como método de organização do patrimônio e dos negócios familiares através da autonomia privada	149
5.2.3.1 <i> Holding</i> familiar	153
5.2.4 Os riscos de simulação no planejamento tributário: critérios para conferir eficiência tributária e segurança jurídica.....	160
5.3 A LICITUDE NA CONSTITUIÇÃO DE <i>OFFSHORE</i> EM PARAÍSO FISCAL	169
5.3.1 Delimitação conceitual de <i>offshore</i> e de paraísos fiscais	169
5.3.2 Compreensões acerca da constituição de <i>offshore companies</i> e dos paraísos fiscais e possíveis efeitos da constatação da simulação no Brasil	171
5.3.3 Mecanismos de controle e prevenção no Brasil quanto às <i>offshore companies</i> e aos paraísos fiscais como tentativa de diminuir a prática da simulação.....	172
5.3.4 A licitude na constituição de <i>offshore companies</i> enquanto exercício da autonomia privada do empresário	175
6 CONCLUSÃO.....	178
REFERÊNCIAS	184

1 INTRODUÇÃO

A constituição das sociedades empresárias ocorre através dos seus atos constitutivos e a partir da autonomia privada daqueles que a constituírem, princípio do ordenamento jurídico pátrio. Este negócio jurídico deverá ser constituído conforme as demais normas do sistema jurídico, ou seja, deve obedecer às diretrizes constitucionais e estar adstrito ao âmbito da licitude, além dos demais requisitos legais postos.

A simulação é uma hipótese legal de invalidade do negócio jurídico, pela qual o ordenamento jurídico limita a autonomia privada, na medida em que determinadas manobras podem resultar na nulidade absoluta do negócio jurídico realizado. Ao se constatar o uso de tais recursos, em que são praticados atos para criar uma ilusão específica, é possível indagar quais seriam os critérios para se identificar uma simulação em uma sociedade empresária, bem como os efeitos decorrentes disto.

Aqueles que desejem empreender ou mesmo organizar o seu patrimônio através das pessoas jurídicas empresárias do tipo societárias poderão fazê-lo conforme a sua autonomia privada. De acordo com esta liberdade, podem ser estipuladas regras em específico para as partes, ser eleito o tipo societário que melhor lhes convenha, indicado o objeto social a ser executado, o tempo de duração da atividade, dentre outras previsões a serem alinhadas pelos sócios. A problemática gira em torno de serem formulados arranjos pelas partes para esconder determinada situação, que seria o acordo simulatório, de modo que não se pretende que o negócio jurídico firmado produza os seus efeitos típicos.

É necessário ser analisado o instituto da simulação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, considerando a sua atual conformação e aplicabilidade dentro do Direito Empresarial. Pretende-se, com o presente trabalho, apresentar diretrizes para que as partes possam celebrar negócios jurídicos sem que haja o risco de ser reconhecida a nulidade do ato por simulação, o que confere maior segurança jurídica às relações privadas. Para tanto, é essencial o devido contorno do conceito da simulação.

Objetivo geral ora proposto é analisar os limites entre a configuração de uma simulação e o âmbito da autonomia privada dos sócios na constituição de sociedades empresárias.

Para isso, será necessário: a) analisar o papel da vontade na formação dos negócios jurídicos; b) analisar a natureza jurídica dos atos constitutivos das sociedades empresárias e da autonomia privada do empresário; c) compreender o instituto jurídico da simulação antes e depois do Código Civil de 2002; d) distinguir a simulação dos institutos jurídicos que com ela

se assemelham; e) analisar a pessoa jurídica empresária do tipo societária; f) verificar a possibilidade e comparar a simulação *da* sociedade e *na* sociedade; g) promover a comparação entre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica e da simulação; h) distinguir os conceitos de sócio, administrador, procurador e “laranja”; i) verificar os limites entre a licitude e a ilicitude dos planejamentos patrimoniais; j) confirmar a possibilidade de constituição lícita de *offshores*.

Quanto à metodologia do trabalho, a pesquisa é proposta na vertente jurídico-dogmática, tendo em vista a opção pela avaliação e análise das estruturas interiores do próprio Direito. A linha adotada será a crítico-metodológica, que partirá da compreensão da opção legislativa brasileira e dos dados já presentes no ordenamento atual, em detida análise das teorias que permeiam os principais elementos desta pesquisa. O tipo de raciocínio adotado neste projeto de pesquisa será o dedutivo-indutivo. Será utilizada a técnica bibliográfica, com consulta à legislação e jurisprudência pátria.

Esta dissertação apresenta em sua estrutura quatro capítulos de desenvolvimento do conteúdo, para que se atinjam os objetivos inicialmente propostos.

O primeiro capítulo do desenvolvimento (seção 2) apresenta um estudo sobre a evolução da vontade no mundo jurídico. Em seguida, são expostas as espécies de fatos jurídicos no sistema legal brasileiro, com foco na figura do negócio jurídico inserido no contexto jurídico atual. Por fim, com enfoque no Direito Empresarial, se passa a estudar a autonomia privada dos sujeitos inseridos neste ramo do direito e a natureza jurídica dos atos constitutivos das sociedades empresárias.

O segundo capítulo (seção 3) passa à análise do regime das invalidades dos negócios jurídicos, sendo, inicialmente, apresentado um panorama geral sobre estas. Em seguida, é apresentado o instituto da simulação, o seu conceito, classificações e efeitos. Por fim, com o intuito de tornar mais bem definidos estes contornos, são expostos os conceitos de alguns institutos que podem vir a serem confundidos com a simulação, pelo que se faz a distinção entre eles.

O terceiro capítulo do desenvolvimento (seção 4) apresenta a simulação através das sociedades empresárias. Para tanto, é inicialmente exposta a teoria acerca das pessoas jurídicas, a sua personalidade jurídica, os efeitos desta, além da crise da função que estas vêm passando. Em seguida, apresenta-se o que se entende por simulação *da* sociedade e simulação *na* sociedade, através da propositura de algumas diretrizes e de casos exemplificativos. Por fim, é proposta a comparação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica com aqueles da configuração da simulação.

O quarto capítulo (seção 5) tem como objeto o estudo de situações práticas que serão analisadas para se verificar a licitude ou não dos negócios jurídicos. Para tanto, será analisada a figura das interpostas pessoas em ambientes societários, conhecidas como “laranjas”, em comparação com o conceito de sócio, administrador e procurador. Em seguida, passa-se ao estudo dos planejamentos patrimoniais e a sua organização pela autonomia privada do empresário e dos sócios, em contraposição aos mecanismos simulatórios. Por fim, é apresentada a figura das companhias *offshore* e o que seriam os paraísos fiscais, assim como a possibilidade ou não da sua constituição ser lícita.

Desse modo, optou-se pela exposição dos principais institutos jurídicos para o tema estudado nos dois primeiros capítulos, com base nos conceitos legais e nas construções doutrinárias sobre o tema. Em seguida, estes são contextualizados nos capítulos finais, com a propositura da análise de alguns casos exemplificativos, questionamentos essenciais para a investigação sobre os mesmos e estudo específico de como são aplicáveis os institutos apresentados para as situações propostas, de modo que sejam atingidos os objetivos desta pesquisa.

2 O REGRAMENTO DA VONTADE E O TRATAMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E NO DIREITO EMPRESARIAL

O primeiro capítulo do desenvolvimento desta pesquisa pretende apresentar alguns dos principais conceitos que permeiam o objeto de estudo, com relação especificamente à teoria dos fatos jurídicos.

Ademais, propõe-se o inicial estudo acerca da vontade e de qual forma é-lhe conferido tratamento jurídico. A vontade é elemento essencial do suporte fático dos atos jurídicos, em especial dos negócios jurídicos, que são estes últimos, na sua forma contratual dentro do âmbito empresarial, o objeto desta pesquisa.

Assim, serão apresentadas as principais teorias acerca da vontade e o panorama atual da autonomia privada. Em seguida, passa-se à análise da teoria dos fatos jurídicos, com foco no estudo daqueles em que há vontade como elemento essencial, para que, ao fim, sejam analisados estes institutos no Direito Empresarial.

2.1 A VONTADE E A AUTONOMIA DOS SUJEITOS NO MUNDO JURÍDICO

A vontade é elemento que integra a própria existência do ser humano e foi concebido de diversas formas ao longo da história humana. A vontade seria “um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades”¹.

No âmbito da teoria dos fatos jurídicos, um dos elementos componentes do suporte fático que vem a distinguir e propiciar a sua classificação é o elemento volitivo. A existência ou não de vontade humana promove a distinção entre os tipos de fatos jurídicos e, conseqüentemente, do tratamento que lhes será dado. Há elemento volitivo no suporte fático dos atos jurídicos.

A vontade, elemento que faz parte do nascimento dos atos jurídicos, deve ser compreendida em suas formas de vontade subjetiva ou declarada. Esta distinção tem papel de relevância significativa para o presente trabalho acadêmico.

¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 408.

Tal análise passa pela verificação do desenvolvimento histórico da vontade, posto que os enfoques que lhe foram dados vêm mudando ao longo do tempo, o que, na prática, representa a definição de efeitos e consequências jurídicas diversificados.

2.1.1 A vontade no âmbito jurídico e as teorias sobre a vontade

A vontade é importante para o mundo jurídico por ser fonte da criação do direito. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda elucida que a relevância da vontade está atrelada ao fato de que “é *interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam”². Segundo Marcos Jorge Catalán, a vontade é que seria a verdadeira matéria prima para o mundo jurídico³.

Entende-se por autonomia a esfera em que a vontade pode se expressar no âmbito jurídico, para criar, modificar ou extinguir direitos⁴. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda lecionava ainda que “a chamada ‘autonomia da vontade’ não é mais do que ‘o que ficou às pessoas’”⁵, o que revela que há um espaço para a atuação conforme a vontade. A função principal desta autonomia conferida às partes é possibilitar a circulação de bens na sociedade⁶.

Verifica-se que os momentos históricos se intercalam entre aqueles em que houve uma maior valorização da vontade individual em detrimento da coletiva e vice-versa. As teorias formuladas acerca da vontade apresentaram concepções e enfoques diversos, como forma de se amoldarem aos anseios de cada época, ou mesmo como forma de provocar a sua evolução. Compreende-se que o ideal seria a posição intermediária, de equilíbrio entre estes interesses.

O momento histórico marcado pelo culto ao individualismo conferiu maior espaço à atuação por meio da vontade. Um dos eventos históricos que marca esta fase é a Revolução Francesa, no final do século XVIII, momento em que as partes poderiam atuar conforme a sua liberdade de contratar, liberdade de obrigar-se e liberdade de forma no campo dos negócios bilaterais, sem que houvesse muitas limitações legais para tanto⁷.

Rodrigo Tellechea Silva leciona que, neste período histórico, três núcleos centrais permitiram a evolução do Direito Civil, quais sejam: o sujeito de direito, o negócio jurídico e o

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 3, p. 80-81, grifo do autor.

³ CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. **Scientia Iuris**, Londrina, vol. 5/6, p. 430-463, 2001/2002, p. 431.

⁴ AMARAL, 2014, p. 409.

⁵ MIRANDA, op. cit., p. 81-82.

⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 211.

⁷ Ibidem, p. 211.

direito subjetivo. A vontade, através do fortalecimento destes conceitos, “adquiriu significação jurídica”⁸. Estes institutos continuaram sendo importantes para o Direito Privado, mas, com o passar dos anos, os princípios liberais dos séculos XVIII e XIX deixam de ser absolutos.

Os anos 30 do século XX são marcados pelo fortalecimento do totalitarismo e, conseqüentemente, pelo enfraquecimento do pensamento liberal. Figuras como o negócio jurídico e a autonomia privada são atacados neste período e perdem força nesse cenário, sem, contudo, deixarem de existir⁹.

Assim, os sistemas jurídicos em que há um maior intervencionismo estatal estão no extremo opostos àqueles liberais. Naqueles, há uma redução do âmbito de performance dos indivíduos pela autonomia privada, impedindo que regulem com maior liberdade os seus próprios interesses, a partir da presença de um maior número de normas cogentes.

As Constituições mais modernas continuam preservando a liberdade das partes atuarem conforme a sua vontade, mas limitada por princípios voltados para a execução de um bem comum, ou seja, em prol de toda a comunidade¹⁰. O Brasil está neste cenário e todas as normas de Direito Privado recebem esta carga da Constituição Federal de 1988. O Direito Empresarial, por exemplo, tem algumas das suas diretrizes, princípios e limites disciplinados no artigo 170, da referida Carta Magna¹¹, dentre outros dispositivos que o conformam, o que será reiterado ao longo desta pesquisa.

Importa seguir-se com a análise acerca da vontade, que poderá ser considerada em sua forma interior, ou subjetiva, ou em sua forma declarada, expressa.

De modo a elucidar a matéria, Orlando Gomes¹² leciona de forma didática a distinção entre a vontade declarada e a vontade interna, ressaltando a importância desta para a produção de efeitos do negócio jurídico, bem como o caráter instrumental da declaração:

Constituem-se, pois, os negócios jurídicos pela conjunção de dois elementos: a *vontade interna* e a *declaração de vontade*, que devem ser, portanto, coincidentes. A vontade interna não é apenas o suporte da declaração, mas a força criadora dos efeitos do negócio jurídico, não passando esta de meio pelo qual chega aquela ao conhecimento dos outros.

⁸ SILVA, Rodrigo Tellechea. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 122.

⁹ GOMES, O., 2016, p. 211.

¹⁰ Ibidem, p. 210.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

¹² GOMES, O., op. cit., p. 217, grifo do autor.

A vontade subjetiva pode se decompor em três possíveis fragmentos, quais sejam, a vontade da ação, a vontade da declaração e a vontade negocial. Seriam os subelementos da vontade interna¹³.

A vontade da ação seria a intenção efetiva da pessoa na execução do ato. Revela-se como a real consciência que se tem acerca de determinado comportamento, de determinada ação. Em seguida, a vontade da declaração é a intenção do sujeito em conferir caráter de declaração à sua vontade. Não se confunde com a vontade declarada em si, mas seria a consciência que se tem quanto à declaração¹⁴.

A vontade negocial, vontade do conteúdo da declaração ou intenção do resultado, seria a intenção na realização de um dado negócio jurídico cujo objeto da vontade é equivalente ao conteúdo exteriorizado¹⁵. A intenção das partes é a de realizar o conteúdo exteriorizado no negócio jurídico. É a partir dela que poderá se analisar a simulação, de modo que a vontade negocial sequer existirá quando se trate de simulação absoluta ou estará encoberta pelo conteúdo do negócio jurídico simulado, no caso da simulação relativa¹⁶.

Por outro lado, a vontade declarada será aquela manifestada e expressamente posta. Sabe-se que é com a vontade externa que tal ato poderá ingressar no mundo jurídico, pois é ela que integra o suporte fático dos atos jurídicos, ou seja, a “significação jurídica somente se consubstancia quando a vontade é exteriorizada por meio da declaração”¹⁷. Marcos Bernardes de Mello destaca que apenas a vontade exteriorizada pode ser valorada pelo direito e, portanto, considerada como suficiente para compor o suporte fático de um determinado ato jurídico¹⁸.

Itamar Gaino leciona que os possíveis dissídios verificados entre as vontades interna e externa receberão tratamentos diversos caso sejam intencionais ou não intencionais. A simulação e a reserva mental, por exemplo, são os dissídios intencionais da vontade. Por outro lado, são divergências não intencionais “a coação física, a falta de consciência da declaração e o erro obstativo”¹⁹.

Outrossim, destaca o mencionado autor que os defeitos do negócio jurídico – erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo e fraude contra credores – não seriam hipóteses de divergência, mas de má-formação no processo de formação da vontade. Verifica-se que em tais situação há

¹³ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 56.

¹⁴ Ibidem, p. 56.

¹⁵ Ibidem, p. 56.

¹⁶ GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

¹⁷ ABREU FILHO, op. cit., p. 57.

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

¹⁹ GAINO, op. cit., p. 19-20.

de fato vício na manifestação da vontade ou na sua formação. A divergência entre o que realmente se quer e o que foi exteriorizado não configura tais situações.

Contudo, para a solução das divergências entre a vontade interna e aquela declarada, há diversos caminhos e interpretações a serem conferidas, que levarão a resultados diversos. Com o intuito de solucionar estes conflitos, foram elaboradas quatro teorias doutrinárias. Elas são a teoria da vontade real, a teoria da declaração, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança.

A teoria da vontade real, ou voluntarista, apresenta a compreensão de que a vontade real é o elemento produtor dos efeitos jurídicos dos negócios. Neste contexto, há a compreensão de que a vontade, por si só, seria a propulsora, a fonte criadora do negócio jurídico²⁰, de modo que cabe ao Estado apenas o poder de sancionar estas vontades das partes.

Diante disto, entende-se que a vontade interna do declarante é a que de fato deverá ensejar a produção de efeitos jurídicos ao ingressar no universo jurídico e é ela que importará para a interpretação do negócio jurídico. Muito arraigada em uma concepção individualista, confere importância ao querer interior do indivíduo.

Bruno Torquato de Oliveira Naves²¹ explicita que esta força conferida à vontade serviu para intensificar a distância, pretendida pelo liberalismo, entre o indivíduo e o Estado, de modo que as diversas correntes – religiosa, política, econômica – do período apresentavam ideais arraigados no individualismo, valorando a palavra do homem, o seu querer, *in verbis*:

Por obra do cristianismo, impôs-se a confiança da palavra do homem; por meio do jusnaturalismo dos contratualistas, elevou-se o contrato a fundamento da sociedade; através do individualismo liberal, afirmou-se a coincidência dos interesses privados com um pretense “bem público”; e o formalismo jurídico contribuiu para a execução da ideia de oposição entre indivíduo e Estado.

A declaração da vontade, ou a própria vontade declarada, seria o mero processo de emanção, um instrumento apenas revelador desta vontade interna do sujeito²². A relação que existe entre vontade e declaração seria natural, e não acidental, e, se fosse detectada qualquer divergência entre elas, seria privilegiada a vontade interna, o querer, a real intenção.

Itamar Gaino²³ tece crítica sobre esta teoria justamente quanto à sua inadequação na aplicação prática, pois provocaria insegurança jurídica nas relações firmadas entre os indivíduos, tendo em vista que a parte declarante poderia suscitar a qualquer instante esta

²⁰ GOMES, O., 2016, p. 214.

²¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 76.

²² GOMES, O., op. cit., 2016, p. 217.

²³ GAINO, 2012, p. 22.

divergência, de modo a desconstituir uma relação sobre a qual a outra parte e terceiros criaram expectativas. Trazida à atualidade, em que as relações contratuais se intensificaram, seria muito difícil assegurar à parte receptora da declaração que esta é condizente com a vontade real.

A teoria da declaração, por outro lado, confere maior importância à declaração da vontade, de modo que esta seria o elemento provocador dos efeitos dos negócios jurídicos²⁴. Orlando Gomes ressalta que, apesar de significar abrandamento, esta teoria não se liberta do individualismo²⁵.

Segundo a teoria da declaração, deve sempre prevalecer a vontade objetiva, aquela declarada. A diversidade de relações contratuais e a busca pela segurança jurídica levaram a esta solução, em que se considera como verdade o que está escrito.

As discussões acerca destas teorias não se limitam ao plano meramente teórico, tendo em vista que as suas distinções têm implicações na prática. Exemplo disto é a forma como são tratados os vícios de consentimento, bem como o direcionamento da interpretação dos negócios jurídicos²⁶.

Itamar Gaino apresenta algumas ressalvas quanto a esta teoria, por compreender que os mais astutos se aproveitariam do uso da palavra como mecanismo para adaptar a declaração a uma vontade não condizente com ela e se favorecer com aquilo que está declarado. Assim, apesar de ser interessante e necessário às relações contratuais a busca pela segurança, para se afastar a latente possibilidade de desfazimento do negócio por dissonância com a vontade interna, a tentativa de se considerar como real apenas o que foi exteriorizado também apresenta problemas práticos²⁷.

Importante compreender que a exteriorização é sim elemento importante e que corporifica os negócios jurídicos, mas nesta teoria o que se anseia é que a produção dos efeitos jurídicos releve a vontade interna e considere apenas aquela que fora expressamente prevista e posta no mundo jurídico.

No âmbito da presente pesquisa, considerar-se como real apenas a vontade objetiva não é algo benéfico às relações contratuais. Neste sentido, a teoria da declaração não deve ser adotada, posto que não lhe interessa o discernimento ou conhecimento das partes, tampouco o processo de declaração da vontade e possíveis vícios nele. A busca pela segurança com a

²⁴ GOMES, O., 2016, p. 215.

²⁵ Ibidem, p. 218.

²⁶ Ibidem, p. 216.

²⁷ GAINO, 2012, p. 23.

declaração alteraria, por exemplo, todo o regime da teoria dos defeitos dos negócios jurídicos, o que, conseqüentemente, desencadearia um novo cenário de insegurança jurídica.

Orlando Gomes apresenta o fato de os códigos dos próprios países em que se desenvolveram tais teorias não adotarem exclusivamente nenhuma destas, posto que cada qual expressava concepções radicais²⁸.

A teoria da responsabilidade seria uma intermediária em relação às duas que lhe são antecedentes. Esta teoria imputa que, em caso de divergências, será investigada a vontade real, pelo que deve ser analisada a culpa do declarante pela não declaração do querer interno²⁹.

Desse modo, prima-se pela manutenção do negócio jurídico, mas responsabilizando-se o declarante na medida em que se configure a sua culpa pela emissão defeituosa de vontade. Este sujeito, então, vai ter que se submeter aos efeitos do negócio jurídico decorrentes da sua vontade declarada, o que independeria da sua consonância com a intenção interior³⁰.

A crítica que se faz com relação a tal teoria é justamente em face da manutenção de negócio jurídico em que há vontade viciada. Deve-se buscar uma solução em que haja o esforço de serem reparados os danos e que este negócio jurídico esteja condizente com a real vontade das partes desde que os equívocos ou falhas sejam esclarecidos.

Por fim, e como contraposta às teses que lhe antecederam, surge a teoria da confiança. Esta é a teoria adotada por muitos ordenamentos jurídicos e é a partir dela que se abandona a clássica concepção individualista pregada através dos ideais das teorias voluntarista e da declaração³¹.

A teoria da confiança congrega a importância que deve ser conferida às declarações de vontade, em prol da certeza e da segurança das partes, sem que para tanto seja desconsiderada a vontade interna, a qual tem seu valor reconhecido e deve orientar as relações.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges entende que a teoria da confiança seria o resultado da tutela conferida à vontade subjetiva cumulada com aquela objetiva da confiança. Esta teoria, como técnica de interpretação dos negócios, visa conferir segurança ao destinatário de uma declaração de vontade e de um conjunto de condutas da outra parte³².

²⁸ GOMES, O., 2016, p. 216.

²⁹ GAINO, 2012. p. 24-25.

³⁰ ABREU FILHO, 1997, p. 58.

³¹ GOMES, O., op. cit., p. 219.

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade**. 2016, p. 16. (Artigo não publicado cedido pela autora).

Orlando Gomes sintetiza a teoria da confiança nos seguintes termos: “Enquanto, pois, um dos contratantes tiver razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade”³³.

A partir deste conceito, compreende-se que a regra geral para a teoria da confiança é de que, ao se constatar divergência entre vontade interna e vontade declarada, esta será privilegiada e levada em consideração, em prol do interesse da outra parte. Contudo, considera-se a vontade interna das partes quando o destinatário ou o terceiro não estiverem de boa-fé ou tenha este aceitado a declaração indevidamente, ou seja, sem adotar as cautelas esperadas socialmente, conforme padrões de comportamento objetivos no âmbito daquele específico negócio jurídico.

Assim sendo, é necessário que o declarante adote as devidas cautelas para expor de forma clara e condizente com a sua vontade real a declaração, enquanto que o destinatário deve ter a diligência para receber e analisar devidamente a declaração de vontade que lhe fora transmitida³⁴.

Um dos princípios que deve balizar e orientar o momento em que se conferirá maior ou menor privilégio a cada um destes elementos, vontade interna ou declaração da vontade, é, portanto, o da boa-fé das partes nas relações jurídicas.

Esta teoria inova ao primar por uma segurança social, que tem respaldo na real expectativa e possibilidade de diligência das partes, que apenas não serão adotadas por aqueles que agem de má-fé.

Apesar de representar um abandono da concepção extremamente individualista que até então permeava o debate, Orlando Gomes ressalva que com a teoria da confiança “não se tutelam interesses gerais contrapostos aos interesses individualísticos”, mas continua a zelar pelo interesse particular das partes, sem desconsiderar os interesses gerais. É por isso que vai além do individualismo, ao primar por relações jurídicas estáveis³⁵.

A sua importância ao estudo proposto está atrelada ao respaldo que confere à teoria dos defeitos dos negócios jurídicos, pois viabiliza o reconhecimento de invalidade do negócio jurídico a partir do momento em que constatado um vício na vontade. Além disso, esta teoria confere maior importância às partes e às suas intenções expostas no ato jurídico. No caso da simulação, por exemplo, a ilicitude está atrelada ao fato de que emissor e destinatário da declaração de vontade estão em conluio e criam uma ilusão que não revela a vontade subjetiva e real, o que será melhor explicado ao longo deste estudo.

³³ GOMES, O., 2016, p. 219-220.

³⁴ NAVES, 2014, p. 76.

³⁵ GOMES, O., op. cit., p. 220.

No que tange ao Código Civil de 2002³⁶, a partir da análise dos artigos que disciplinam o negócio jurídico e a atividade interpretativa deste, a exemplo dos artigos 112, 113 e 114, constata-se que o legislador optou pela teoria da confiança.

Há proteção à vontade subjetiva a partir da regra posta no artigo 112, nos seguintes termos: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges, este dispositivo revela a teoria subjetiva contemporânea, em que se privilegia a intenção das partes com base no que está posto no negócio jurídico e nas tratativas preliminares. O intérprete deve buscar a vontade das partes no conjunto de cláusulas e preceitos expressos no próprio negócio³⁷.

Já os outros dispositivos legais que também congregam normas interpretativas dos negócios jurídicos, como os artigos 113 e 114, do Código Civil de 2002, revelam uma concepção mais arraigada à declaração da vontade. Roxana Cardoso Brasileiro Borges ressalta que nestes casos estaria sendo adotada a teoria objetivista contemporânea, através da qual se busca entender o sentido negocial³⁸.

Renan Lotufo, ao comentar o Código Civil, concorda que a teoria da confiança foi acolhida em seu bojo. Ao avaliar o artigo 112, da Lei Civil vigente, conclui, então, que o receptor da mensagem não deve se ater ao sentido literal da mensagem, “porque lhe incumbe também o dever de diligência na precisão do conteúdo volitivo do negócio, conforme a boa-fé. Se o destinatário cumpre esse requisito, merece proteção sua fé, sua confiança, em que a declaração é válida com o significado que extraiu”³⁹.

2.1.2 A evolução da autonomia privada no ordenamento jurídico pátrio

A vontade humana, portanto, é elemento essencial dos atos jurídicos e quanto maior o espaço que lhe seja deixado, maior será a liberdade negocial das partes. Neste sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁴⁰ conceitua o regramento da autonomia da vontade ou autonomia privada como “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”, sem adentrar na distinção entre os conceitos e aplicando-os como equivalentes. Pretende explicitar

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

³⁷ BORGES, 2016, p. 15.

³⁸ Ibidem, p. 16.

³⁹ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 301.

⁴⁰ MIRANDA, 2000, v. 3, p. 80.

que não significa mera liberdade conferida às partes de uma relação jurídica determinada, mas que tais vontades são relevantes para o Direito.

José Abreu Filho também acompanha esta lição e afere que o âmbito da autonomia privada seria aquele em que há a sincronização entre a vontade individual e o ordenamento jurídico. Ou seja, esta vontade deve ter respaldo em poderes que o ordenamento tenha previamente delegado ao indivíduo, ou não será relevante para o direito e, conseqüentemente, não será capaz de produzir efeitos jurídicos⁴¹⁴².

Contudo, após delimitado este âmbito da vontade no mundo jurídico, bem como a sua importância para a atividade dos indivíduos, é necessário que se passe à distinção entre os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada. Apesar de se referirem a um mesmo princípio, estão arraigados por ideologias diversas, o que traz distinções práticas.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges ressalta que a primazia da vontade foi substituída pela teoria da autonomia privada. A autora corrobora com o quanto afirmado acima e assinala que haveria importantes conseqüências práticas decorrentes da distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada⁴³.

Em tempos passados, a vontade era o objeto primordial da interpretação dos negócios jurídicos, a essência destes. Posteriormente, passa a vontade a ter relevância jurídica apenas quando externada, por meio de uma manifestação ou declaração de vontade, que estivesse em conformação com o ordenamento jurídico.

Pode-se constatar, então, que não é suficiente a vontade por si só, mas deve sim haver um conjunto de condutas voltado para a realização do negócio jurídico. A teoria da autonomia privada, neste sentido, contesta o dogma da vontade ao afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito. A vontade deixa de ser o único fator determinante do negócio jurídico, não sendo mais o elemento onipotente e, conseqüentemente, haveria limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial.

Nesta linha de raciocínio, Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma que reside aí a importância em se distinguir a teoria da vontade da teoria da autonomia privada⁴⁴. Neste mesmo sentido, Rodrigo Tellechea Silva aduz que a polissemia do termo “autonomia” e as suas variáveis teriam colaborado com a sua própria vagueza e incerteza⁴⁵, de modo que se faz

⁴¹ ABREU FILHO, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. **Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência**. Salvador, n. 22, p.15-34, out./dez. 1983, p. 25.

⁴² Idem, 1997, p. 41.

⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

⁴⁴ Ibidem, p. 53.

⁴⁵ SILVA, 2016, p. 126.

necessária a exata delimitação deste princípio com vocábulos que direcionem a sua intenção conforme o contexto, o que ocorre através da adoção da terminologia autonomia privada.

Francisco Amaral define a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada ao apresentar os limites de cada uma. Segundo este autor, a autonomia da vontade reflete o campo de manifestação da liberdade individual, pelo que conclui ser uma terminologia mais arraigada na concepção individualista. Por outro lado, a autonomia privada está relacionada com a possibilidade de serem criadas normas jurídicas de acordo com a vontade e nos limites da lei, nas fronteiras estabelecidas por determinado ordenamento jurídico⁴⁶.

Rodrigo Tellechea Silva conclui que a autonomia privada seria esta parcela de poder atribuído através da lei aos particulares para instituírem normas próprias no âmbito negocial⁴⁷. O referido autor atinge este conceito ao constatar que o princípio estudado é composto por três elementos, que seriam a manifestação da vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos entre as partes, o reconhecimento legal deste poder relegado aos particulares para regulação de seus interesses e, por fim, as limitações legais para a constituição do negócio jurídico válido e eficaz⁴⁸.

Conclui-se que a vontade autônoma é ainda um requisito para a existência do negócio jurídico, mas não mais o único. A autonomia da vontade, por isso, faz transparecer uma aceção individualista, considerando o indivíduo em si próprio para a definição das regras de seu comportamento.

Ocorre que a vida em sociedade de direito não possibilita tal forma de isolamento e de concepção individualista, principalmente levando-se em consideração a ordem constitucional que se vive no Brasil e os princípios que emanam para os diplomas legais privados, como se passará a expor adiante.

É importante ressaltar ainda que a vontade é elemento nuclear de diversas relações travadas no mundo jurídico e que não está restrita ao direito privado. Os atos jurídicos de direito público também compõem o denominado “autorregramento da vontade”⁴⁹. Contudo, o presente trabalho dissertativo possui como recorte as relações jurídicas instauradas no âmbito privado e, portanto, não se adentrará em outras searas do Direito.

Em seguida, deve-se apresentar a distinção feita por Roxana Cardoso Brasileiro Borges sobre a autonomia jurídica individual da autonomia privada, para melhor compreensão desta.

⁴⁶ AMARAL, 2014, p. 409.

⁴⁷ SILVA, 2016, p. 127.

⁴⁸ Ibidem, p. 131.

⁴⁹ MIRANDA, 2000, v.3, p. 83.

A autonomia jurídica individual seria a liberdade de atuar licitamente, sendo lícita a conduta que não é proibida. Já a autonomia privada consiste na liberdade negocial, na liberdade que o indivíduo tem para a realização de negócios jurídicos, possibilitando que as pessoas ordenem seus próprios interesses nas relações jurídicas que optam por estabelecer com outras pessoas⁵⁰.

A autonomia privada, assim, traduz a liberdade de negociar, sendo possível que a pessoa escolha livremente o seu negociante, determine o conteúdo do negócio jurídico e, sempre que possível, opte pela sua forma.

Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a autonomia privada pode ser observada ainda por meio de dois aspectos, quais sejam, pela liberdade em criar, modificar e extinguir relações jurídicas, especificamente com referência aos negócios jurídicos, bem como pela liberdade de escolher a forma de uso, gozo e disposição de determinados direitos subjetivos, pelo que se constata estar relacionada ao âmbito da propriedade⁵¹, e dos direitos obrigacionais.

Maurício Requião vê na autonomia privada o princípio fundamental do Direito Privado e que funciona como importante elemento para a concreção e promoção da dignidade da pessoa humana⁵².

A compreensão de completude e a necessidade de serem obedecidos certos limites, em face da manutenção e do respeito a ideais maiores, que vão além do cerco individual, viabilizam o reconhecimento de vícios nos negócios jurídicos, bem como de causas de nulidade absoluta do negócio jurídico, sendo exemplo desta última a simulação.

É de suma importância ainda destacar que além da fragilização do conceito de vontade, enquanto reflexo de uma excessiva valorização que era conferida ao indivíduo, a própria autonomia das partes tem sofrido mudanças ao longo do tempo, principalmente quando se tem em mente os contratos massificados.

Paulo Nalin ressalta, neste contexto, que caiu por terra a concepção clássica de contrato, em que haveria espaço para a plena atuação das partes na eleição dos seus elementos constitutivos. Destaca, assim, que, atualmente, a autonomia privada estaria mais próxima de um “impulso de iniciativa da parte que deseja contratar”⁵³.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges assinala que o renascimento do contrato está atrelado a uma nova concepção, qual seja, a da “funcionalização do negócio”, que decorre do preceito

⁵⁰ BORGES, 2009, p. 47.

⁵¹ GOMES, O., 2016, p. 210-211.

⁵² REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício. (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 21.

⁵³ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2004, p. 171.

constitucional da função social da propriedade⁵⁴. Segundo a autora, a relativização do princípio clássico da relatividade leva à conclusão de que também figura na relação contratual aquele terceiro interessado, que não assinou o contrato. A autora chama este processo de triangularização da relação contratual. O contrato, além de servir aos interesses das partes, não pode prejudicar terceiros⁵⁵.

O conceito contemporâneo de contrato também é influenciado pela boa-fé objetiva. As partes devem, assim, se comportar de acordo com o padrão razoável de conduta cultivado no meio social em que estão inseridos⁵⁶.

A boa-fé objetiva tem três funções no âmbito contratual, quais sejam, a função de interpretação e colmatação, a função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos⁵⁷. Defende-se que a boa-fé objetiva, portanto, deve estar presente em todos os momentos da relação contratual, englobando os períodos pré e pós-contratual, apesar de o código civil não trazer esta previsão de modo claro.

Conclui-se, portanto, que é necessária a proteção conferida à vontade, mesmo em uma ordem constitucional cujos princípios irradiam por todo o sistema jurídico. O que se pretende é compreender possíveis limites e formas de concebê-los, para conferir maior segurança às relações negociais, de modo que os interesses das partes sejam atendidos e não haja contrariedade ao direito.

Para tanto, é imprescindível a atuação de um Poder Judiciário consciente e proativo, no sentido de conciliar os diversos interesses sociais, sem, contudo, reduzir o âmbito de atuação do indivíduo. É relevante a ponderação de Paulo Nalín no sentido de que os juízes devem estar atentos à relação que há entre autonomia privada, solidariedade social e constituição⁵⁸, de modo que o âmbito da atuação privada deve estar em consonância com os princípios sociais.

As limitações à autonomia privada e ao alcance da vontade, enquanto mecanismo criativo de relações jurídicas é incontestável, e a sua conformação permite que as partes tenham espaço para exteriorizar os seus interesses e darem efetividade ao seu querer, principalmente considerando-se a função da vontade para a circulação de bens. Desse modo, não devem ser admitidos os exageros judiciais que fulminam o princípio da autonomia privada, pois este continua regendo as relações privadas.

⁵⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito. In: ASSIS, Araken de. et al. **Direito civil e processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 107.

⁵⁵ Ibidem, p. 108.

⁵⁶ Ibidem, p. 109.

⁵⁷ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 454.

⁵⁸ NALIN, 2004, p. 174.

2.1.3 A concepção principiológica do Código Civil de 2002

Inicialmente, é importante delimitar o valor dos princípios nos ordenamentos jurídicos, principalmente no brasileiro, para que se possa compreender a sua forma de aplicação e a introdução no âmbito privado. É diante deste cenário que se compreenderá o regime dos negócios jurídicos contratuais na atualidade.

Os princípios, segundo a classificação de Norberto Bobbio, estariam no âmbito das normas gerais e abstratas⁵⁹, cujo nível de generalidade é elevado. São os princípios jurídicos que dão corpo aos valores e fins do ordenamento jurídico.

Os princípios gerais do Direito, na teoria elaborada por Claus Wilhelm Canaris, têm relação com as aceções de abertura e mobilidade do sistema. No que tange à mobilidade, as situações de contradição ou oposição entre princípios são possíveis posto que os elementos do sistema são variáveis e intercambiáveis. Assim, as antinomias valorativas decorrentes destas oposições entre princípios devem ser resolvidas internamente, pois estas normas não seguem a mesma lógica das regras, que são excluídas quando há uma contradição interna⁶⁰.

Para a análise da importância que os princípios ganharam nos ordenamentos jurídicos, é possível adotar como marco temporal a passagem do Estado liberal, que atuava por volta do século XVIII, para o Estado social. À época em que o liberalismo era a corrente de pensamento mais difundida e vangloriada, havia total dicotomia entre direito público e direito privado. Neste período, os códigos civis eram denominados como “constituições de direito privado”, dada a sua importância neste ramo do direito.

O momento após a Segunda Guerra Mundial é o marco temporal indicado por Miguel Carbonell⁶¹ para o início do período “Neoconstitucionalista”, quando o Estado Social ganha força. O Neoconstitucionalismo pode ser interpretado, então, como “una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional”⁶².

Após as históricas transformações sociais, principalmente em um contexto pós-Guerras Mundiais, em que a população sobrevivente clamava por auxílio, é que passa a atuar o Estado Social. A partir deste episódio, o Estado passou a atuar de duas formas possíveis: a primeira seria de forma direta, prestando ele próprio os serviços básicos aos cidadãos; a segunda seria

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 177.

⁶⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 205-206.

⁶¹ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003.

⁶² Ibidem, p. 9-10.

“de forma indireta, através da disciplina das relações privadas relacionadas ao comércio e de outras relações intersubjetivas que antes eram deixadas à livre autonomia privada”⁶³.

Desta forma, entende-se que a teoria Neoconstitucionalista floresce justamente neste momento histórico pós-guerras e confere maior destaque aos princípios nos ordenamentos jurídicos. Tais princípios, segundo Robert Alexy, são mandados de otimização, diferentemente das regras, as quais se distinguem daqueles qualitativamente. Assim, os princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus e a medida devida da sua satisfação irá depender das possibilidades jurídicas, e não apenas das fáticas⁶⁴.

Ademais, Ricardo Maurício Freire Soares, em análise ao momento do Neoconstitucionalismo, apresenta de modo claro que esta nova concepção acerca da Carta Magna promove uma alteração também na conduta dos três poderes e na forma de desenvolverem as suas atividades, respectivamente. Apresenta esta atualização, assim, nos seguintes termos⁶⁵:

Por um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para sua submissão ao império da Constituição. Por outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação.

Os princípios que emanam das Cartas Magnas ganham força neste período justamente por esta nova concepção acerca do constitucionalismo. Segundo Riccardo Guastini, há diversas características que se fazem presentes quando há a “constitucionalização” do ordenamento jurídico, a exemplo da força vinculante da Constituição, da aplicação direta das suas normas, bem como da força política que emana desta Lei.

Dentre tais, se destaca aquilo que o autor denomina como “sobreinterpretação” da Constituição, que seria “de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. [...] No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”⁶⁶.

Neste sentido, em face da compreensão acima exposta de Guastini, é possível concluir que a violação de um princípio jurídico será tão grave, ou até mais danosa, do que a contrariedade a uma regra jurídica. Isto ocorre porque transgredir um princípio não se resume

⁶³ JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Porto Alegre, 2006, p. 5. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 9 maio 2015.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁶⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 238.

⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 54.

a este ocorrido, mas representa uma afronta a todo um conjunto de comandos normativos e à própria Constituição Federal do país em questão.

Diante disto, resta evidenciado que os princípios constituem a base do sistema constitucional dos ordenamentos jurídicos, inclusive do direito privado. A partir de tal compreensão, deve-se passar à análise dos princípios que regem as relações privadas e a mudança sofrida por eles.

A aplicação do vigente Código Civil é uma atividade que deve ser condizente com a Constituição Federal, o que impõe que seja realizada uma interpretação conforme a Constituição⁶⁷.

Historicamente, antes do processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos, Roxana Cardoso Brasileiro Borges demonstra que alguns dos slogans da revolução francesa teriam sido transferidos para a teoria dos contratos⁶⁸. Neste período, era pregada a igualdade formal e a liberdade de contratar, sem que se considerasse o contexto ou as especificidades dos indivíduos envolvidos.

Tais slogans refletem alguns dos princípios do contrato clássico. Parte-se da concepção de que “quem diz o contrato, diz justo”, sendo correto o que fora pactuado, protegido ainda pelo princípio da intangibilidade do contrato. Pelo “*pacta sunt servanda*”, o contrato tem força obrigatória, mas apenas entre as partes que nele estão inseridas, de acordo com o princípio da relatividade. Por fim, é importante observar que no modelo liberal de contrato, não era admissível a atuação estatal para correção de eventuais desvios, salvo os vícios de consentimento e os objetos ilícitos⁶⁹.

Ultrapassado este período histórico, dois marcos indicam o momento de mudança da concepção acerca das relações privadas: em âmbito mundial, o Estado do Bem-Estar Social e, em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988.

Os antigos slogans que regiam as relações negociais passam por uma releitura e consequente relativização dos seus conceitos, para que seja atingida uma justiça contratual. Para tanto, há quatro valores constitucionais de suma importância para este conceito contemporâneo de contrato: a livre iniciativa, a função social da propriedade, a proibição de abuso do poder econômico e o princípio da solidariedade.

⁶⁷ “Ahora bien, a esta segunda interpretación se le suele llamar ‘conforme’ (pero podemos también decir ‘adecuadora’ o ‘armonizante’): la doctrina de lengua alemana habla de *Verfassungskonformgesetzauslegung*. **La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución** (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley la Constitución.” Cf. GUASTINI, 2003, p. 57, grifo do autor.

⁶⁸ BORGES, 2007. p. 101.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 101-102.

O cenário atual do Código Civil de 2002, portanto, em plena consonância com a Constituição Federal e todos os princípios que dela emanam, traz implicações no poder de autodeterminação compreendido na autonomia privada. O atendimento a fins sociais e aos demais princípios que regem a ordem econômica pátria impõem diversas obrigações negativas e positivas tanto para o proprietário quanto para o empresário⁷⁰.

Marcos Jorge Catalán explicita que a constitucionalização do direito privado se revela no momento em que passam a constar expressamente na norma constitucional matérias privadas, que envolvem os interesses dos particulares. Outro movimento paralelo a este é o da publicização do sistema, através do qual se transferem os princípios constitucionais para as normas infraconstitucionais. Diante de tal perspectiva e considerando que no Brasil ocorreram estes dois movimentos, o autor conclui que as diretrizes principiológicas devem ser a “proteína” dos negócios jurídicos. Desse modo, evidencia ainda que tais diretrizes devem compor a sua própria estrutura, sendo-lhes indissociável⁷¹.

O Código Civil de 2002 apresenta uma nova perspectiva sobre o direito, em contraposição aos ideais postos no Código de 1916. Continua a ser a principal lei que rege as relações privadas e, portanto, não abandona os princípios que pautam tais atos jurídicos, mas busca uma nova essência para estas situações através de três princípios norteadores, que servem como diretrizes morais: socialidade, eticidade e operabilidade⁷².

Miguel Reale ressalta que, ao definir o ato ilícito do artigo 187, o Código Civil de 2002 consegue direcionar o exercício do direito subjetivo, evidenciando os valores que compõem a estrutura desta lei. Assim, o sujeito titular do direito deve agir em consonância com o seu fim social, fim econômico, boa-fé e bons costumes⁷³.

É neste contexto que Andrea Cristina Zanetti ressalva que não houve uma exclusão dos princípios clássicos do direito contratual, “em verdade, convivem e se complementam em busca da preservação de princípios maiores como a liberdade e igualdade, orientados, ao fundo, à proteção da pessoa humana e sua dignidade”⁷⁴.

A socialidade simboliza o abandono da concepção puramente individualista no Código Civil de 1916, para que haja um predomínio dos interesses sociais, sem que isto venha a reduzir

⁷⁰ GOMES, O., 2016, p. 210.

⁷¹ CATALAN, Marcos Jorge. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 7/8, p. 375-376, 2003/2004.

⁷² REALE, Miguel. **Para novas estruturas, novos paradigmas**. 2002. Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/online/artigo/1412_O+NOVO+CODIGO+CIVIL#/tagcloud=lista>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

a imagem da pessoa humana enquanto indivíduo. No âmbito do direito empresarial, exemplifica-se a aplicação do princípio da socialidade no momento em que se responsabiliza pessoalmente aquele que atua com abuso de poder através da personalidade jurídica da sociedade empresária⁷⁵.

O princípio da eticidade busca o rompimento com o excessivo formalismo da Lei Civil de 1916, com estruturas rígidas. O diploma legal de 2002 está repleto de cláusulas gerais, as quais devem ser interpretadas mediante valores éticos e sociais, o que possibilita a constante atualização dos preceitos legais. As cláusulas gerais foram instituídas com o sentido de viabilizar a renovação do direito, de modo que não fique ultrapassado e guardando regras que não mais condizem com as práticas e os valores sociais do momento correspondente⁷⁶.

Andrea Cristina Zanetti leciona que advêm desta diretriz geral do Código Civil de 2002 alguns novos princípios contratuais, quais sejam, do equilíbrio econômico, da função social, da boa-fé e da probidade das partes⁷⁷.

Por fim, o princípio da operabilidade visa à efetividade do direito. Este princípio revela-se no Código Civil de 2002 através dos conceitos dos institutos do direito privado, que, apesar de bem definidos, contemplam certa abertura, o que viabiliza a sistematização das matérias. Esta técnica permite que o direito seja efetivamente aplicado, ou seja, que o direito seja uma realidade imediata, e não tardia⁷⁸.

O princípio da operabilidade também está diretamente relacionado com a abertura do sistema com esta inserção de cláusulas gerais e conceitos abertos, pois é por meio destes que se possibilitará a concretude do direito. Não se busca apenas mais uma norma repleta de conceitos fechados e estanques, mas estruturas normativas adaptáveis à realidade e que tragam efetividade às normas jurídicas.

Marcos Jorge Catalán explicita que a operabilidade visa à criação de normas jurídicas que sejam aplicáveis, fazendo então analogia às obras de artes de Salvador Dalí, que distorcem o que seria real e concreto em algo surreal e, quanto às normas, inaplicável. O autor critica o antigo regime privado, posto que o direito não deve estar limitado a questões acadêmicas ou discussões políticas, mas sim ter efetividade⁷⁹.

⁷⁵ PEIXOTO, Eduardo Collet e Silva. **Lesão e revisão judicial do contrato**. 2009. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 15.

⁷⁶ REALE, Miguel. Visão geral do projeto do Código Civil. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, ano 18, n. 13-14, p. 139-150, 1998, p. 148.

⁷⁷ ZANETTI, 2012, p. 103.

⁷⁸ REALE, 2002.

⁷⁹ CATALAN, 2003/2004, p. 381.

É importante compreender os princípios que atualmente norteiam as relações privadas, através da aplicação do Código Civil de 2002, pois a presente pesquisa visa analisar os negócios jurídicos e as consequências de configuração da simulação. Os princípios devem ser aplicados e, principalmente, contribuir com a técnica de interpretação de contrato. No caso deste estudo, o uso dos princípios pode auxiliar para que se detecte a vontade das partes e a sua intenção ao celebrar determinado negócio jurídico.

Ademais, esta concepção sobre o direito após os marcos históricos assinalados também contribui com a presente pesquisa no momento em que preza por um devido processo legal, o que deve forçar que a aplicação dos institutos do direito seja realizada através de um procedimento que possa configurá-los adequadamente. É o que se defenderá adiante com a distinção dos institutos e a defesa por se preservar e respeitar o âmbito da liberdade das partes.

Por todo o exposto, é possível notar que o Estado exerce um papel nas relações contratuais, sem que isto configure insegurança jurídica. A intervenção do Estado ocorre, e deve sempre ocorrer, mediante os limites legais e deve ser uma atuação positiva, tendo em vista que se trata de um Estado com funções promocionais, e não apenas negativa no sentido de impor limites e proibições contrários à própria liberdade de iniciativa privada e à autonomia privada.

Os contratos na atualidade, pós Estado do Bem-Estar Social e Constituição Federal de 1988, são formados com funções e interesses que vão além das partes que o assinam. Estas partes, que antes assumiam posições antagônicas, hoje devem cooperar para a consecução do contrato.

O pacto que se desvirtua do que o ordenamento jurídico tutela não merece receber proteção do mesmo. Novas figuras contratuais demonstram que deve haver cooperação e colaboração entre as partes. Os contratos contemporâneos, bem como todos os demais negócios jurídicos, devem ser interpretados de acordo com preceitos constitucionais, em especial o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, conferindo-lhes validade.

2.2 TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS

Fato jurídico é todo aquele que se dá no mundo dos fatos e ingressa no mundo jurídico, conforme determinada prescrição do suporte fático que possibilite tal entrada. Assim, todo fato

que adentre no mundo jurídico será fato jurídico, independentemente de ser contrário ao direito ou não⁸⁰.

Nesta etapa da pesquisa, devem ser expostas as principais características dos fatos jurídicos, para que na sequência seja possível a melhor compreensão sobre os negócios jurídicos.

2.2.1 Fato jurídico *lato sensu*

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda lecionava que “o fato jurídico provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico”⁸¹. O autor ressalta, desse modo, a importância que há na atividade de se delimitar o suporte fático e, em seguida, na sua exata observância pelos aplicadores do direito, para que possam ingressar no mundo jurídico apenas aqueles determinados elementos que de fato têm relevância jurídica e aos quais se pretende conferir efeitos jurídicos. Por isso, confere a tal conceito aplicação universal no Direito, sem estar adstrito a um único ramo.

Marcos Bernardes de Mello explicita, com a denominação conferida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que o “suporte fático” seria o antecedente da estrutura lógica de uma determinada construção normativa. Ademais, também esclarece o referido autor que o suporte fático pertence ao mundo dos fatos. Apenas se deve falar em mundo jurídico quando forem preenchidos todos os elementos que, segundo norma jurídica previamente existente, compõem o suporte fático⁸².

A concepção de fato jurídico, portanto, está intrinsecamente relacionada à existência de uma valoração jurídica. Orlando Gomes lecionava que “fato jurídico é tudo aquilo a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico”⁸³, seja ao lhe regulamentar ou apenas conferir determinadas consequências jurídicas, como é o caso dos fatos jurídicos ilícitos.

Os elementos possíveis de um suporte fático, apresentados por Marcos Bernardes de Mello seriam: os fatos da natureza ou fatos do animal, desde que estejam de alguma forma relacionados ao humano, já que o direito visa a regulação da vida social; os atos humanos; os dados psíquicos, que não seriam propriamente atos de vontade, mas dados anímicos; as estimativas valorativas referentes a determinadas condutas humanas; as probabilidades; os

⁸⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. 222.

⁸¹ *Ibidem*, p. 221.

⁸² MELLO, 2014, p. 53.

⁸³ GOMES, O., 2016. p. 187.

próprios fatos jurídicos ou efeitos jurídicos; a causalidade fática; o tempo; e, por fim, os elementos positivos e negativos⁸⁴.

Dentre todos os elementos, os nucleares do suporte fático poderão ser o cerne ou completantes. Aqueles que revelem dado fático fundamental para a caracterização da instituição jurídica são denominados como cerne do suporte fático. Já os completantes estão além deste cerne, cuja ausência pode vir a configurar outro fato jurídico que não aquele que o continha na descrição do suporte fático. Para a concretização do fato jurídico, é necessário que estejam presentes todos os elementos nucleares previstos em norma⁸⁵.

Além dos elementos nucleares, há os elementos complementares do suporte fático, que não o completam, mas complementam. Nesse sentido, a sua ausência não vai acarretar na inexistência do fato jurídico, mas apenas poderá interferir nos planos da validade ou da eficácia. Dito isto, conclui-se que apenas haverá elementos complementares no caso de atos jurídicos *lato sensu*⁸⁶.

Os fatos jurídicos estavam regulamentados no direito pátrio no Código Civil de 1916 através das regras gerais dispostas nos artigos 74 a 80. O artigo 74 inaugurava o regramento dos fatos jurídicos ao tratar da aquisição dos direitos⁸⁷. João Manoel de Carvalho Santos, ao analisar o referido dispositivo, faz a ressalva de que o fato jurídico, cujo efeito jurídico será a aquisição de direitos, pode advir de um único evento, existindo apenas um elemento no seu suporte fático para que se concretize, ou estar atrelado a uma sequência de eventos, de modo que o direito não poderá ser considerado como adquirido até que sejam verificadas as circunstâncias demandadas⁸⁸.

Contudo, assevera o referido autor que mesmo antes de configurados todos os elementos, a exemplo de uma condição posta em determinado negócio jurídico, a parte que se beneficiará poderá desde já adotar certas medidas conservatórias do seu futuro direito. Outra ressalva que deve ser destacada, pela importância nesta pesquisa, é quanto aos direitos que,

⁸⁴ MELLO, 2014, p. 54-58.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 61.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁸⁷ “Art. 74. Na aquisição dos direitos se observarão estas regras: I. Adquirem-se os direitos mediante ato do adquirente, ou por intermédio de outrem. II. Pode uma pessoa adquiri-los para si, ou para terceiros. III. Dizem -se actuaes os direitos complementamente adquiridos e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar. Parágrafo único. Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições falíveis”. Cf. BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁸⁸ SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 219.

mesmo após devidamente concebidos, não estejam em sua plenitude, mas em forma débil, pela existência de algum vício, como no caso dos contratos em que houve dolo de uma das partes⁸⁹.

Por ora, cumpre analisar que os fatos jurídicos *lato sensu* representam um universo que deve ser bem delimitado, conforme já exposto, e carece de ser classificado. Isto porque nem todos os fatos jurídicos são iguais⁹⁰, o que permite agrupá-los de acordo com determinadas características em comum.

2.2.2 Fato jurídico *stricto sensu*

A classificação dos fatos jurídicos se desdobra dentre aqueles concebidos em *stricto sensu* e no sentido lato. O principal fator de diferenciação entre as duas categoriais indicadas é a presença ou não da vontade humana na estrutura do fato jurídico. Não há vontade humana nos fatos jurídicos em sentido restrito, de modo que são englobados pelos fatos jurídicos em sentido lato⁹¹.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ensina que englobados dentro dos fatos jurídicos em geral – ou em sentido lato – estão os fatos jurídicos *stricto sensu*, fatos jurídicos ilícitos, ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico⁹².

O fato jurídico *stricto sensu* é aquele que tem seu ingresso no mundo jurídico sem que esteja presente na sua composição qualquer ato humano, ainda que porventura tenha existido antes da sua entrada⁹³. Com isso se quer dizer que, por exemplo, ainda que para o nascimento com vida tenham ocorrido diversos atos humanos anteriores e necessários para tanto, o fato nascimento com vida por si só se adequa ao suporte fático descrito que enseja a conferência de efeitos jurídicos.

Assim, independentemente de atos humanos terem ocorrido para a sua conformação, o fato jurídico *stricto sensu* é aquele que ingressa no mundo jurídico por preencher um suporte fático que não contempla qualquer ação humana. Exemplo disto é também a incapacidade em razão da idade.

⁸⁹ SANTOS, 1944. p. 219-220.

⁹⁰ MIRANDA, 2000, v. 2., p. 221.

⁹¹ GOMES, O., 2016. p. 187.

⁹² MIRANDA, op. cit., p. 222.

⁹³ Ibidem, p. 225.

2.2.3 Ato-fato jurídico

O ato-fato jurídico será aquele em que o fato é produzido pelo homem. A distinção entre esta espécie e os atos jurídicos é que para a conformação dos atos-fatos jurídicos não é relevante a vontade, ainda que existente. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda destaca que para o ato-fato ingressar no mundo jurídico é suficiente que se constate a relação “fato, homem”⁹⁴. Seria, portanto, um mero acontecimento.

Os atos-fatos jurídicos, conforme leciona o autor mencionado, abarcam três classes, quais sejam, os atos reais, a indenização sem culpa e as caducidades sem culpa. Os atos reais são aqueles em que há enfoque no seu resultado externo, abstraindo-se de qualquer elemento interior do agente, a exemplo do achado de tesouro. Nas indenizações sem culpa, os fatos não são ilícitos e não se verifica a culpa do agente, mas têm a eficácia da indenização. Por fim, as caducidades sem culpa são aquelas situações em que se configuram os fatos extintivos de direito sem que o suporte fático exija a culpa do agente, mas mero decurso do tempo⁹⁵.

2.2.4 Atos jurídicos lícitos

Os fatos jurídicos em que haja ação humana podem ser divididos em atos jurídicos lícitos, cujos efeitos jurídicos são voluntários, e os atos jurídicos ilícitos, com efeitos jurídicos involuntários⁹⁶. Todo ato humano que venha a adentrar no mundo jurídico através da vontade autônoma para a produção de determinados efeitos jurídicos o fará como sendo ato jurídico lícito, dentro do qual estão englobados o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico⁹⁷.

É, portanto, através dos suportes fáticos descritivos destas espécies de fatos jurídicos que os sentimentos, as vontades e a própria inteligência podem ingressar no mundo jurídico e, então, produzirem efeitos jurídicos esperados pelas partes.

No que tange aos atos ilícitos, apesar de existir uma ação humana, é inadequado incluí-los dentre os atos jurídicos lícitos. Vicente Ráo elucida que esta separação é necessária, pois são essencialmente distintos já que o ato ilícito “não consiste em ato de exercício da autonomia privada”⁹⁸, o que está em consonância com a constatação de que os efeitos são involuntários.

⁹⁴ MIRANDA, 2000, v. 2, p. 422.

⁹⁵ Ibidem, p. 421.

⁹⁶ GOMES, O., 2016. p. 189.

⁹⁷ MIRANDA, op. cit., p. 447.

⁹⁸ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34.

Os atos jurídicos são atos humanos cujo efeito jurídico está diretamente atrelado à vontade humana, conforme leciona Clóvis Beviláqua⁹⁹, que seriam englobados pelo conceito de fato jurídico em sentido lato acima apresentado.

A conformação dos atos jurídicos dependerá da presença dos seus elementos essenciais, que seriam condições da sua validade. Não há uniformidade na doutrina pátria quanto à nomenclatura adotada e até mesmo com relação à valoração de cada um dos elementos, mas há concordância sobre alguns destes e qual a consequência pela sua ausência ou defeito.

Orlando Gomes subdivide os elementos essenciais dos atos ou negócios jurídicos entre pressupostos e requisitos de validade. Os primeiros estariam atrelados à figura do sujeito, do objeto e à posição do sujeito em relação ao objeto, ou seja, a sua legitimação. Dentre os segundos, estariam a declaração de vontade, a causa e a forma.

Vicente Ráo o adota nomenclatura diversa e leciona que a categoria mais ampla seria a dos requisitos, que englobariam os pressupostos e os elementos, que poderiam ser essenciais ou acidentais. Os pressupostos, ou requisitos extrínsecos, se realizariam fora do ato, o que exemplifica com a legitimidade do sujeito. Os elementos, ou requisitos intrínsecos, são contidos pelo ato jurídico.

José Abreu Filho apresenta a classificação em que os pressupostos seriam a capacidade da parte, a licitude do objeto e a forma não defesa ou prescrita em lei e a sua ausência levaria à nulidade do ato jurídico¹⁰⁰. Os requisitos, ou elementos estruturais, seriam a vontade manifestada através da declaração, a idoneidade do objeto, a causa e a forma, sempre que esta seja da substância do ato, e a falta de algum destes poderá levar à nulidade ou anulabilidade do ato¹⁰¹.

O autor chega a esta conclusão a partir da análise conjunta dos artigos 82¹⁰² e 145¹⁰³, do Código Civil de 1916, vigente à época do seu estudo. A norma prescrita nestes dispositivos revelaria que todos os elementos transcritos neles são pressupostos de validade do ato jurídico, e será nulo caso não esteja presente algum deles.

Constata-se que, atualmente, é o artigo 104, do Código Civil de 2002, que elenca os pressupostos de validade dos atos ou negócios jurídicos, sendo eles: “I - agente capaz; II - objeto

⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Red Livros, 2001, p. 289-290.

¹⁰⁰ ABREU FILHO, 1997, p. 105.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰² “Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n.º I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)”. Cf. BRASIL, 1916.

¹⁰³ “Art. 145. É nulo o ato jurídico: I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5). II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto. III. Quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130). IV. Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito”. Cf. BRASIL, 1916.

lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”¹⁰⁴. Já as causas de nulidade absoluta estão elencadas no artigo 166¹⁰⁵, do mesmo diploma legal, que, dentre outras, contempla a ausência de pressupostos de validade.

Marcos Bernardes de Mello interpreta o artigo 104, da Lei Civil vigente, e sintetiza que seriam elementos essenciais do negócio jurídico o ato volitivo humano, através de uma manifestação ou de uma declaração de vontade; a plena consciência desta vontade manifestada ou declarada, e; que este ato de vontade esteja voltado à produção de efeitos que têm respaldo jurídico, cujo objeto seja lícito e possível¹⁰⁶.

Por ora, cumpre reiterar que a vontade poderá ser exteriorizada de duas formas distintas, através da mera manifestação, que se revela por um ato ou conjunto de atitudes, ou por uma declaração expressa de vontade.

Exemplifica-se esta distinção e a possibilidade de ambas produzirem efeitos jurídicos com o caso da união estável. O artigo 1.723, do Código Civil de 2002, expressamente consigna como elemento essencial para o preenchimento do suporte fático da união estável uma relação “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Desse modo, verifica-se que não há a exigência de uma declaração para que o ato jurídico se complete e passe a produzir efeitos jurídicos.

No caso apresentado, a declaração de vontade não é vedada, mas basta a execução de determinados atos que representem esta convivência pública, contínua e duradoura, para que se produzam todos os efeitos jurídicos decorrentes da união estável. A declaração poderá, em tal situação, apresentar outras vontades e a opção por outros efeitos jurídicos, a exemplo do regime de comunhão de bens, de acordo com o artigo 1.725, da Lei Civil de 2002.

É possível, então, que o suporte fático venha a exigir uma vontade declarada. Caso contrário, a mera manifestação da vontade já configura o elemento essencial do suporte fático e tem aptidão de produzir os efeitos jurídicos pretendidos.

Portanto, quanto a este primeiro elemento, é possível concluir-se que a ausência de vontade conduz à própria inexistência do ato jurídico *lato sensu*. Sem vontade não há ato jurídico¹⁰⁷. Exemplo disto seria a coação física.

¹⁰⁴ BRASIL, 2002.

¹⁰⁵ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Cf. BRASIL, 2002.

¹⁰⁶ MELLO, 2014, p. 126.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 127.

Com relação à consciência, explica-se que não há obrigação de se compreender que uma dada vontade exteriorizada está configurando – naquele momento – o elemento essencial do suporte fático de um determinado ato jurídico que, por isso, ingressa no mundo jurídico, mas ter consciência das circunstâncias em que a vontade é declarada. Neste sentido, Marcos Bernardes de Mello exemplifica que “quando alguém toma um ônibus *não está pensando em fazer um contrato de transporte, [...] quer-se aquilo que se manifesta*, com o intuito prático de ser transportado”¹⁰⁸.

Por fim, no que tange à pretensão de se obter um resultado lícito e possível, o próprio objeto do ato jurídico deve apresentar três aspectos: ser existente, ser lícito e ser possível.

Com relação à existência do objeto, José Abreu Filho leciona que não será válido o ato jurídico que tenha um objeto inexistente, sempre que consista em uma prestação atual. Por outro lado, ressalta que “o objeto dos atos jurídicos pode recair, validamente, sobre coisas a serem prestadas quando e como vierem a existir, isto é, sobre coisas de existência futura”. Neste último caso, os atos jurídicos estariam sujeitos a termo ou a condição¹⁰⁹.

Quanto à ilicitude, que é ser contrário ao direito, o referido autor compreende que serão aqueles atos considerados como nulos, posto que apenas em caráter excepcional a ilicitude vai acarretar a inexistência do ato jurídico. Considera, portanto, um contrassenso falar-se de ato jurídico lícito nulo, pois o efeito invalidante decorre justamente da sua ilicitude¹¹⁰.

José Abreu Filho leciona que a licitude do objeto é o fato de estar ele afinado com a lei, com os bons costumes e com a moral. A validade do ato jurídico demanda que esteja configurada esta consonância do objeto eleito com o ordenamento como um todo¹¹¹.

A possibilidade do objeto significa que é alcançável através das forças humana e da natureza. Em contraposição, é impossível aquele objeto que extrapola os referidos limites naturais e humanos¹¹².

Esta possibilidade poderá se apresentar como absoluta ou relativa, como física ou jurídica e como inicial ou superveniente¹¹³. Absoluta é aquela que atinge a todas as pessoas, enquanto que a relativa está restrita a sujeitos em específico. A impossibilidade absoluta poderá ainda ser perpétua ou temporária, a depender do momento de execução do ato constitutivo e do

¹⁰⁸ MELLO, 2014, p. 128, grifo do autor.

¹⁰⁹ ABREU FILHO, 1997, p. 134.

¹¹⁰ MELLO, op. cit., p. 130.

¹¹¹ ABREU FILHO, op. cit., p. 122.

¹¹² RÁO, 1997, p. 132.

¹¹³ ABREU FILHO, op. cit., p. 122.

momento em que o objeto venha a se tornar possível, de modo que é a impossibilidade absoluta e perpétua que torna inválido o ato jurídico¹¹⁴.

A impossibilidade física ocorre quando o objeto não poderá ser alcançado da forma prevista no ato jurídico. José Abreu Filho exemplifica esta situação com a alienação de um terreno na Lua. Por outro lado, a impossibilidade jurídica se dará sempre que exista algum impedimento legal para ser estipulado aquele objeto em específico no ato jurídico que se pretende constituir¹¹⁵.

Por fim, a impossibilidade inicial é aquela que ocorre de forma simultânea ao nascimento do negócio jurídico. É esta que poderá influenciar na sua validade, a depender se for relativa ou absoluta. A impossibilidade superveniente, segundo Caio Mário da Silva Pereira, “não anula o ato, mas poderá conduzir à sua resolução, sujeitando o devedor a perdas e danos, se estiver de má-fé”¹¹⁶.

O Código Civil expressamente prevê que a impossibilidade inicial do objeto não invalidará o negócio jurídico se for relativa ou ainda se cessar antes de se concretizar a condição prevista, conforme disposto em seu artigo 106¹¹⁷. Contudo, caso seja absoluta, o negócio jurídico será inválido, de acordo com o quanto determina o artigo 166, inciso II¹¹⁸, desta lei.

Ultrapassadas estas explanações sobre o ato jurídico *lato sensu*, é importante que se compreenda a delimitação entre os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda apresenta como distinção entre os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos as manifestações humanas que cada um destes revela. Os atos jurídicos *stricto sensu* são aqueles que advêm de manifestações de vontade, manifestações de conhecimento, ou ainda de manifestações de sentimento. Por outro lado, os negócios jurídicos teriam em seus suportes fáticos apenas as manifestações de vontade, sejam estas na sua forma simples ou declarada¹¹⁹.

O referido autor destaca a forma de ingresso das manifestações de vontade sempre que se trate de ato jurídico *stricto sensu*, nos seguintes termos¹²⁰:

As manifestações de vontade, que, entrando no mundo jurídico, se fazem atos jurídicos *stricto sensu*, ou a) reclamam, b) somente comunicam vontade, positiva ou

¹¹⁴ RÁO, 1997, p. 132-133.

¹¹⁵ ABREU FILHO, 1997, p. 122.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 487.

¹¹⁷ “Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado”. Cf. BRASIL, 2002.

¹¹⁸ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”. Cf. BRASIL, 2002.

¹¹⁹ MIRANDA, 2000, v. 2, p. 447-448.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 506, grifo do autor.

negativamente, ou *c*) integram *atos* ou omissões, ou *d*) comunicam fato (inclusive sentimento), ou *e*) mandam (impõem ou proíbem).

A principal diferença que se constata entre estas espécies de atos jurídicos é que nos atos jurídicos *stricto sensu* há liberdade na celebração, há um ato de vontade em escolher e celebrar determinado ato que está descrito em determinado suporte fático. A vontade nestes atos jurídicos está limitada à função de compor o suporte fático, sendo elemento essencial dele. Os efeitos jurídicos serão necessários, ou “*ex lege*”, sem que haja liberdade nesta seara.

Por outro lado, no âmbito dos negócios jurídicos, há, nos limites conformados pela lei, liberdade também na definição dos efeitos jurídicos que se pretende conferir àqueles determinados atos jurídicos que não são contrários à lei e possam ingressar no mundo jurídico. Neste sentido, Marcos Bernardes de Mello faz a seguinte ressalva, ao explicar que a vontade tem “o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico”¹²¹.

2.2.4.1 O regramento do negócio jurídico no Código Civil de 2002

Os negócios jurídicos estão inseridos no conceito de ato jurídico, sendo aqueles em que há emanção de vontade para a sua conformação e com poder de regular os efeitos jurídicos daquela categoria jurídica em que se pretende enquadrá-lo. Cumpre inicialmente apresentar o seu conceito e, em seguida, preenchê-lo com as intenções principiológicas acima expostas.

A concepção clássica do negócio jurídico tem inspiração no Estado Liberal, em que se concebia que a vontade seria a liberdade de escolha, de autorregramento. Além disso, sob influência da teoria formulada por Hans Kelsen, ainda neste período de ápice do individualismo, atingiu-se a compreensão de que os negócios jurídicos, a partir da autonomia da vontade, criaria normas jurídicas individuais¹²².

O negócio jurídico é o instrumento próprio que viabiliza a concretização da autodeterminação da vontade das partes, a qual advém da autonomia privada. Por ser fato jurídico, é apto a criar, modificar ou extinguir direitos, mas no caso específico dos negócios jurídicos, esta aptidão está diretamente relacionada à intenção do declarante da vontade, desde que esta esteja de acordo com a lei¹²³.

¹²¹ MELLO, 2014, p. 132.

¹²² Ibidem, p. 140.

¹²³ GOMES, O., 2016. p. 209.

Francisco Amaral¹²⁴ segue esta mesma linha de compreensão, ao buscar evidenciar o caráter privado e a legalidade dos negócios jurídicos. O referido autor apresenta o conceito de negócio jurídico como atrelado à declaração de uma vontade ou vontades privadas, as quais estão voltadas para a produção de determinados efeitos jurídicos, que vinculam obrigatoriamente as partes. Neste âmbito destaca que não basta o querer do agente quanto aos efeitos, mas o seu reconhecimento pelo direito.

Segundo Orlando Gomes¹²⁵, será simples todo o negócio jurídico que necessita apenas da emanção da vontade para se constituir e ingressar no mundo jurídico, enquanto que será complexo todo o negócio jurídico que apresente em seu suporte fático outros elementos e requisitos, a exemplo da conjugação de duas vontades, ou da necessária concretização de outros atos.

Verifica-se, ao enfrentar as teorias mais recentes da vontade e dos fatos jurídicos, que já não se confere mais à vontade o poder de ser a única fonte do negócio jurídico, mas sem se negar que se trata de elemento essencial. Isto porque não há fato jurídico sem norma jurídica anterior que determine o seu suporte fático. Desse modo, a vontade não pode ser o próprio negócio jurídico¹²⁶.

Marcos Bernardes de Mello¹²⁷, então, propõe um conceito de negócio jurídico atual e útil ao direito, apresentando-o como sendo:

[...] o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Ainda sobre uma concepção mais atualizada dos negócios jurídicos, não se pode deixar de considerar a constitucionalização do direito privado e a sua interferência neste fato jurídico. Segundo Marcos Jorge Catalán¹²⁸, o artigo da Carta Magna de 1988 que representa um marco para a atividade privada negocial é o 170, ao conferir-lhe diretrizes sociais, sendo estas verdadeiras balizas à liberdade de iniciativa.

Compreende-se nesta pesquisa que esta teoria mais recente, além de estar condizente com a ordem legal, viabiliza a aplicação direta dos princípios constitucionais presentes e que

¹²⁴ AMARAL, 2014, p. 409.

¹²⁵ GOMES, O., 2016, p. 214.

¹²⁶ MELLO, 2014, p. 142.

¹²⁷ Ibidem, p. 155.

¹²⁸ CATALAN, 2003/2004, p. 375.

incidem no Código Civil de 2002, bem como mantém a segurança jurídica das relações privadas.

Outro aspecto dos negócios jurídicos debatido na doutrina é a amplitude do seu conceito, de modo que os autores passaram a buscar uma finalidade em tal situação. Orlando Gomes¹²⁹ destaca que esta construção teórica, de modo didático, permite agrupar diversos dogmas jurídicos que tenham elementos comuns entre si, o que justificaria a sua abstração.

Francisco Amaral¹³⁰ segue o mesmo entendimento e reforça que “como figura abstrata que é, reúne os princípios comuns às várias espécies de manifestações de vontade com que as pessoas dispõem juridicamente de seus interesses”.

O Código Civil de 2002 é distinto daquele de 1916, pois traz de forma expressa regras referentes aos negócios jurídicos, cujas disposições gerais estão alocadas através de onze artigos no título I do capítulo destinado aos fatos jurídicos. O enfoque dado aos negócios jurídicos neste diploma legal é de tal forma voltado para a regulação da vontade que será também aplicável aos demais atos jurídicos que não se enquadrem no seu conceito¹³¹.

Francisco Amaral apresenta este mesmo entendimento ao destacar que, na acepção da Lei Civil de 2002, o negócio jurídico figura como uma categoria geral dos fatos jurídicos em que há emanção de vontade para produção de efeitos jurídicos¹³². Nesta compreensão, renova-se a utilidade em ser o negócio jurídico um conceito abstrato, abarcando diversas situações em que há emanção de vontade.

Conforme já elucidado quando se tratou dos princípios que regem os negócios jurídicos, sabe-se que os artigos 110, 112 e 113¹³³, do Código Civil de 2002, estabelecem regras de interpretação e determinam que estes devem ser regidos de acordo com a boa-fé das partes. Reitera-se a importância da teoria da confiança, através da qual tem posição de destaque a intenção das partes nos negócios jurídicos celebrados, desde que esta possa ser extraída da declaração ou do conjunto de declarações de vontade.

Os demais dispositivos definem as disposições gerais dos negócios jurídicos. O artigo 104, da Lei Civil, determina os seus pressupostos de validade. Os subsequentes artigos, 105 a 111, apresentam regras que explicam e regulamentam os pressupostos de validade de forma

¹²⁹ GOMES, O., 2016. p. 214.

¹³⁰ AMARAL, 2014, p. 412.

¹³¹ “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.” Cf. BRASIL, 2002.

¹³² AMARAL, op. cit., p. 410.

¹³³ “Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento. [...] Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Cf. BRASIL, 2002.

mais específica, ao tratarem, por exemplo, da impossibilidade inicial do objeto ou da validade da declaração de vontade. Constata-se que há a intenção de perpetuação do negócio jurídico, e não a sua anulação ou mesmo verificação de inexistência por eventuais equívocos. Caso seja possível, opta-se pela manutenção do negócio jurídico.

As técnicas de interpretação do negócio jurídico, como já ressaltado, devem primar pela boa-fé e pelos usos locais. O princípio da boa-fé negocial está traduzido de forma expressa no referido artigo 113, do Código Civil, de modo a vincular o intérprete e as próprias partes na consecução do negócio jurídico celebrado.

Outras regras específicas referentes a cada tipo de negócio jurídico estarão elencadas em capítulos ou títulos específicos da referida Lei Civil, como é o caso do contrato social, instrumento pelo qual são constituídas pessoas jurídicas empresárias. Os requisitos mínimos para este negócio jurídico constitutivo de pessoas jurídicas empresárias estão elencadas no artigo 997, do Código Civil vigente, que será adiante exposto.

2.2.5 Atos jurídicos ilícitos

Os fatos jurídicos que, dentre aqueles que envolvem ato volitivo humano, são contrários ao direito são denominados como atos ilícitos. Nestes, há uma ilicitude na sua formação e o agente irá responder pelas consequências advindas desta contrariedade ao ordenamento jurídico posto¹³⁴.

Como ressaltado, a característica que singulariza os atos ilícitos, em face dos lícitos, é que os efeitos jurídicos que lhe são imputados não são queridos pelas partes. Há a intenção e consciência na prática do ato, mas não há esta mesma vontade nas consequências que o ordenamento jurídico confere a estes atos.

Neste sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda leciona que a causa de os atos ilícitos serem considerados jurídicos e componentes de um determinado sistema jurídico é para que o direito possa contê-los¹³⁵.

Francisco Amaral, ao conceituar os atos ilícitos, restringe a sua análise ao enunciado descritivo do artigo 186, da Lei Civil pátria, em que o sujeito que “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

¹³⁴ MIRANDA, 2000, v. 2, p. 233.

¹³⁵ Ibidem, p. 248.

exclusivamente moral, comete ato ilícito”, do qual decorre o dever de indenização. Este ato ilícito em específico tem destaque por ser fundamental para a teoria da responsabilidade civil¹³⁶.

Contudo, entende-se que se trata de apenas um tipo de ato ilícito, dentre as diversas possibilidades no ordenamento jurídico. Marcos Bernardes de Mello leciona que há ato ilícito quando, além da vontade, estão presentes os demais elementos que configuram a ilicitude, quais sejam, a contrariedade a direito e ser praticado por pessoa imputável¹³⁷.

O autor apresenta entendimento que vai além do disposto no artigo 186, do Código Civil de 2002, e elucida que também são atos ilícitos “os atos de descumprimento de deveres relativos, contratuais ou não, os atos que importam invalidade de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu* e os atos não culposos de violação de direito”¹³⁸. Este conceito abrange toda ato que seja contrário ao direito.

Os atos jurídicos cuja sanção seja a sua invalidade, seja relativa ou absoluta, são considerados como ilícitos, conforme será exposto adiante no tópico em que se aborde a teoria da invalidade dos negócios jurídicos. Este não é um posicionamento unânime na doutrina, mas é adotado nesta pesquisa.

2.3 A AUTONOMIA PRIVADA DO EMPRESÁRIO E A NATUREZA CONTRATUAL DOS ATOS CONSTITUTIVOS DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Os conceitos apresentados quanto à autonomia privada das partes e o regramento atual dos negócios jurídicos, neste tópico, passam a ser analisados sob o enfoque do Direito Empresarial.

É necessário, então, que se compreenda a natureza jurídica dos atos constitutivos das sociedades empresárias, compreensão esta imprescindível para que se prossiga com a pesquisa, pois apenas a partir desta premissa será possível compreender o âmbito de atuação do empresário e dos sócios a partir da sua autonomia privada, bem como a possibilidade de aplicação das regras dos negócios jurídicos a estes atos.

¹³⁶ AMARAL, 2014, p. 579-581.

¹³⁷ MELLO, 2014, p. 194.

¹³⁸ Ibidem, p. 189.

2.3.1 Negócios jurídicos contratuais plurilaterais no Código Civil de 2002 e a natureza jurídica dos atos constitutivos de sociedade empresária

As sociedades empresárias surgem através dos seus atos constitutivos, que podem ser contratos ou estatutos sociais. Contudo, cumpre compreender qual seria a natureza jurídica destes atos constitutivos.

O tema não é pacífico e já foi objeto de diversos estudos. As primeiras teorias que abordaram este problema foram construídas desde a primeira metade do século XX. Dentre estas, é possível elencar as seguintes: do contratualismo clássico; dos atos complexos, coletivos ou corporativos; da instituição; do contrato-organização, e; do negócio plurilateral¹³⁹.

Passa-se a expor as teorias que tiveram maior repercussão e, de algum modo, podem ser aproveitadas na conclusão desta pesquisa. Inicialmente, são apresentadas as teorias anticontratalistas.

A teoria do ato complexo, elaborada por Gierke, abarca a compreensão de que o ato constitutivo não seria mero contrato, em sua forma clássica. Isto porque neste ato haveria a congregação de vontades diversas. Em complemento a esta, surge a teoria do ato coletivo, de Duguit, que elucida o fato de haver uma pluralidade de declarações de vontade¹⁴⁰. Wilges Ariana Bruscato revela, então, que o ponto distintivo entre estas teorias é a manutenção da individualidade das vontades naquela, ao passo que nesta as diversas vontades se fundiriam em uma só¹⁴¹.

A teoria do ato corporativo defende que as vontades individuais dos sócios não teriam validade se concebidas de forma individualizada. Assim, a vontade válida seria a do próprio ente. Acontece que, no momento do ato constitutivo, sequer existe a pessoa jurídica, muito menos a vontade que lhe seria referente¹⁴².

Em seguida, a teoria da instituição, encabeçada por Hauriou, adota o critério temporal para distinguir o ato constitutivo de sociedade dos demais contratos. Dessa forma, os seguidores desta teoria entendem que a partir deste ato surge a pessoa jurídica, que desvincula a sua existência da dos seus sócios¹⁴³.

¹³⁹ SILVA, 2016, p. 42.

¹⁴⁰ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334.

¹⁴¹ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Manual de direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195.

¹⁴² Ibidem, p. 195.

¹⁴³ MARTINS, F., op. cit., p. 334.

Em meio às teorias contratualistas, há a teoria do contrato-organização, que trata a constituição da sociedade como forma de construção de uma estrutura voltada para a execução de uma atividade fim¹⁴⁴.

Por fim, apresenta-se a teoria do negócio jurídico plurilateral, formulada por Tulio Ascarelli. O referido autor afirmava que é a teoria do contrato que deve ser aplicada aos atos constitutivos de sociedade. Para tanto, defende que “essa primeira afirmação é rica de consequência: é, por exemplo, à teria geral dos contratos que deveremos, em princípio, atender em matéria de capacidades, de vícios, de momento de perfeição do contrato [...]”¹⁴⁵.

Para os objetivos deste estudo, importa que sejam tecidas maiores considerações sobre esta teoria. Inicialmente, a primeira compreensão que se tem quando se mencionam os negócios jurídicos plurilaterais é sobre, especialmente, a existência de mais de uma parte em seus polos. Contudo, esta qualificação não se restringe a este aspecto.

Francisco Amaral apresenta a concepção de que negócios jurídicos plurilaterais são aqueles formados através da manifestação de diversas vontades, que estão alinhadas paralelamente. Acrescenta ainda que, neste caso em específico, “parte não é sinônimo de pessoas. Cada parte pode formar-se de uma ou várias pessoas, com interesses análogos”¹⁴⁶ ao fazer alusão às entidades formadas por mais de uma pessoa e que também poderão ser partes dos referidos negócios jurídicos.

Orlando Gomes leciona que há contrato plurilateral quando cada parte representa um centro de interesse, ao contrário dos bilaterais em que todas as partes devem estar reunidas em apenas dois centros de interesse. Para tanto, deve haver mais de duas partes nos contratos plurilaterais, que o autor exemplifica com o de sociedade. Conclui, por fim, que neste contrato as partes possuem um mesmo intento¹⁴⁷.

Portanto, os contratos plurilaterais são aqueles que podem ter mais de duas partes. Contudo, a existência de apenas duas partes não desqualifica os contratos que são evidentemente plurilaterais¹⁴⁸. Itamar Gaino ressalta então que o elemento distintivo dos contratos plurilaterais é a existência de diversos centros de interesses, mas que exista uma comunhão de interesses. Ou seja, deve existir uma unicidade para o resultado jurídico pretendido¹⁴⁹.

¹⁴⁴ SILVA, 2016, p. 46.

¹⁴⁵ ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 265.

¹⁴⁶ AMARAL, 2014, p. 428.

¹⁴⁷ GOMES, O., 2016, p. 236.

¹⁴⁸ ASCARELLI, op. cit., p. 267.

¹⁴⁹ GAINO, 2012. p. 130.

Neste mesmo sentido, Tulio Ascarelli elucida que a diferença dos demais contratos não é a existência de duas ou mais partes, posto que contratos bilaterais podem ter mais de um comprador ou mais de um vendedor, por exemplo. O que cumpre detectar é a possibilidade ou não de todas as partes presentes serem agrupadas em dois grupos ou não. No que tange aos contratos plurilaterais, o autor conclui que há esta possibilidade de organização em mais de dois centros de interesse¹⁵⁰.

Dentre os outros aspectos específicos dos contratos plurilaterais, deve-se destacar que há sim a existência de interesses divergentes, apenas do mesmo intento finalístico. Conforme o entendimento defendido por Tulio Ascarelli, o fim comum revela-se como aquela atividade ulterior a que se destina a sociedade que está sendo constituída¹⁵¹.

Todavia, o questionamento acerca da suposta inexistência de conflito de interesses em uma sociedade, que é tido como pressuposto para muitas das teorias anticontratualistas, é combatido por Tulio Ascarelli. O autor consegue congrega estas características – finalidade comum e interesses divergentes – nos seguintes termos¹⁵²: “o conflito de interesses – evidente na constituição e subsistente durante a vida da sociedade – permite falar de contrato e excluir o ato complexo; a comunhão de objetivo, por sua vez, distingue esse contrato dos de permuta”¹⁵³.

Interesse é diferente de objetivo. O objeto social, que reflete este objetivo principal com a sociedade, a ser praticado após a sua constituição, o qual é e deve ser comum a todos os sócios. Contudo, os interesses de cada sócio não devem ser exatamente iguais e por isso se redige um contrato, para definir as suas regras específicas, inclusive naquelas ocasiões em que haja divergências, para que estas não conduzam a eventual dissolução da pessoa jurídica.

Contudo, compreende-se que no momento da constituição, que é o momento do contrato, não há ainda a execução deste fim, mas a congregação dos vários interesses dos sócios que estão gerando esta nova pessoa. Portanto, o momento da constituição é aquele em que se revelam com maior força as relações internas da sociedade. As relações externas a serem estabelecidas pela sociedade com terceiros são futuras, voltadas para a execução dos fins sociais em si.

¹⁵⁰ ASCARELLI, 1945, p. 267.

¹⁵¹ Ibidem, p. 272.

¹⁵² Ibidem, p. 259.

¹⁵³ A alusão que o autor faz a contratos de permuta não se refere ao contrato de permuta tipificado no Código Civil de 2002, em seu artigo 533, mas sim a uma espécie genérica de contrato que abarcaria as principais regras, conforme elucida no seguinte trecho: “Algumas das regras sobre contratos constituem, na realidade, apenas uma generalização das regras próprias dos contratos de permuta, sendo natural, portanto, que, em matéria de contratos, cumpram distinguir as normas próprias de todos os contratos (aplicáveis também aos contratos plurilaterais) e as próprias apenas dos contratos de permuta (inaplicáveis aos contratos plurilaterais)”. Cf. Ibidem, p. 257. Assim, toda vez que nesta pesquisa se mencione o contrato de permuta, será nesta acepção.

E são estas relações externas que permitem concluir que se trata de uma sociedade, posto que seus fins não estão voltados para o âmbito interno, ou seja, para a relação entre sócios. É diante deste aspecto que Tulio Ascarelli distingue os contratos plurilaterais em externos e internos. As sociedades empresárias estão dentre os externos, posto que devem “as partes, como grupo, entrar em relação para com terceiros para a consecução do escopo comum”¹⁵⁴.

Por fim, com relação aos direitos das partes, considerando que o objetivo final é comum a todos e é a ele que se devem prender tais direitos, adota-se a compreensão de Tulio Ascarelli, no sentido de que todas as partes do contrato plurilateral gozam dos mesmos direitos. A diferença que pode ser detectada entre tais direitos é quantitativa, mas não qualitativa. É distinto dos contratos de permuta justamente porque os direitos das partes são opostos¹⁵⁵.

A regra de que os direitos dos sócios são qualitativamente iguais aplica-se às sociedades limitadas, conforme o regime jurídico posto no Código Civil, disposto em seus artigos 1.001 a 1.009. Da leitura destes, observa-se que não há qualquer previsão que viabilize a criação de direitos ou vantagens diferentes aos sócios. Pelo contrário, o artigo 1.008, por exemplo, determina que será nula a cláusula que exclua o sócio da participação nos lucros e perdas.

Contudo, é importante que se faça a ressalva quanto às sociedades anônimas. De acordo com a redação do artigo 15, da Lei das Sociedades Anônimas, “as ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confirmam a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição”¹⁵⁶, do que se depreende que há diversas espécies de ações e, conseqüentemente, de direitos e vantagens conferidos aos seus titulares, e não a vedação desta distinção.

Deve-se ressaltar que tal fato não afeta a eventual conclusão sobre a natureza contratual dos atos constitutivos, já que no regime geral dos contratos não há qualquer limitação quanto à existência de diferenças entre os direitos das partes.

Estas são as principais características de um contrato plurilateral, o qual tem as suas especificidades em face dos demais contratos, mas que deverá obedecer a teoria geral dos contratos.

Diante de todas estas teorias, Alfredo Gonçalves de Assis Neto leciona que não seria possível eleger uma única das teorias até então formuladas para se obter o regime jurídico aplicável a todos os atos constitutivos das sociedades empresárias. Dessa forma, o autor sugere o “seccionamento do negócio jurídico (societário, no caso), enxergando-o, desse modo, pelos

¹⁵⁴ ASCARELLI, 1945, p. 282.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 275-276.

¹⁵⁶ 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/L6404compilada.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

diversos ângulos com que se apresenta, o que permite extrair sua maior ou menor proximidade com outros tantos negócios típicos”¹⁵⁷.

Nesta pesquisa, será dividida a análise quanto à possibilidade de aplicação do regime contratual aos atos constitutivos de acordo com a classificação das sociedades em contratuais ou estatutárias, para que, ao fim, seja apresentada a conclusão adotada quanto à natureza jurídica do ato constitutivo de toda e qualquer sociedade empresária.

Em primeiro lugar, entende-se que os atos constitutivos do tipo contrato social têm evidente natureza contratual e a ele devem ser aplicadas as regras gerais dos contratos postas nas leis civis vigentes. Os requisitos mínimos dos instrumentos destes contratos sociais estão elencados no artigo 997¹⁵⁸ do Código Civil de 2002. O que deve ser ressaltado é que muitas das normas acerca dos contratos são extraídas daqueles bilaterais, os quais estão em posição diametralmente oposta aos contratos sociais. Disto se conclui que o universo destas regras advindas dos contratos bilaterais, como o de compra-e-venda, não se aplica àqueles de constituição de sociedades¹⁵⁹.

Neste mesmo sentido, Gladson Mamede e Eduarda Cotta Mamede aduzem que o contrato social, que dá vida às sociedades empresárias contratuais, inegavelmente tem a natureza de um negócio jurídico contratual, inclusive analisando-se a sua feição¹⁶⁰.

O que se observa é que as discussões e divergências doutrinárias acima expostas repousam principalmente na compreensão acerca da natureza jurídica dos atos constitutivos do tipo estatuto social, os quais originam sociedades por ações.

Esta divergência advém da sua forma de atuação e também do modo como estas sociedades surgiram na história. Isto porque, nos primórdios das sociedades anônimas, elas eram constituídas através de um ato administrativo, pois dependiam de um privilégio estatal¹⁶¹.

¹⁵⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O ato constitutivo e seus elementos essenciais. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de direito empresarial**: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, v. 2, p. 139.

¹⁵⁸ “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato”. Cf. BRASIL, 2002.

¹⁵⁹ ASCARELLI, 1945, p. 257.

¹⁶⁰ MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

¹⁶¹ MARTINS, F., 2009, p. 332.

Apenas nos momentos posteriores é que os particulares puderam editar os próprios estatutos sociais.

É possível compreender que a sociedade anônima, no curso da sua existência e no seu funcionamento, não teria eminente caráter contratual, como ocorre no caso das sociedades contratuais. Isto decorre do número de relações estabelecidas, da forma de estabelecimento destas, bem como ao se constatar a quantidade de normas cogentes que regulam o seu modo de operar.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede seguem esta linha de compreensão ao afirmarem que as sociedades classificadas como estatutárias teriam “um realce maior para a figura da instituição da pessoa jurídica”¹⁶². Apesar de assinalarem este caráter, os autores não concluem sobre qual seria a natureza do ato constitutivo em si.

Fran Martins ressalta que “qualquer que seja a teoria que se aceite, a verdade é que o ato constitutivo das sociedades anônimas não pode ser considerado como um contrato comum”¹⁶³. Este parece ser um entendimento pacificado pelos doutrinadores que abordam a questão.

De modo mais incisivo e vinculando-se a uma das teorias postas, Modesto Carvalhosa, ao ater-se à natureza do negócio que constitui as sociedades anônimas em específico, aduz que deve ser adotada a teoria do contrato plurilateral. Neste sentido, o autor conclui que:

[...] não há como fugir à teoria do contrato plurilateral, para explicar o negócio de constituição. Deve-se, no entanto, enfatizar o caráter formal dessa adoção, pois o conteúdo da vontade, ainda que voltada para um interesse comum, não logra afirmar-se livremente, na medida em que se encontram na lei todas as regras de formação da companhia e de relacionamento entre os acionistas e destes com os órgãos sociais.¹⁶⁴

Tudo o quanto fora exposto permite concluir que o que importa é analisar a natureza da relação que se estabelece no momento da sua constituição e, conseqüentemente, do ato que viabiliza este surgimento da pessoa jurídica e determina as regras para o seu funcionamento. Assim, é possível concluir que o estatuto social firmado entre os fundadores tem caráter contratual, na medida em que eles estabelecem determinadas regras. No mesmo sentido, cada ato de cessão de ações e transferência também tem caráter contratual.

Portanto, em cada um destes atos, seja de constituição ou de ingresso de acionistas, haverá a natureza contratual e a possibilidade de aplicação das regras dos negócios jurídicos apresentadas e defendidas nesta dissertação.

¹⁶² MAMEDE; MAMEDE, 2015. p. 89.

¹⁶³ MARTINS, F., 2009. p. 334.

¹⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: artigos 75 a 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, p. 110.

Desse modo, nesta pesquisa, entende-se ser possível afirmar que o estatuto social tem uma essência contratual, mas se distingue do contrato comum pelas suas especificidades, assim como defendido no caso do contrato social.

Esta possibilidade de autorregramento dos contratos é ainda mais perceptível quando se analisam as sociedades anônimas fechadas familiares. Estas serão adiante estudadas como forma de organização patrimonial, demonstrando-se os limites entre a autonomia privada do empresário e a simulação. Contudo, por ora, basta demonstrar a forma como a jurisprudência pátria tem classificado estas, o que ratifica a posição adotada neste estudo dissertativo.

O julgamento que congrega a concepção do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão deu-se no Recurso Especial nº 111.294/PR¹⁶⁵. Diante do questionamento acerca da possibilidade de dissolução parcial ou não de sociedade anônima familiar, a Suprema Corte se posicionou a favor da dissolução parcial, posto que o elemento que reunia os sócios na sociedade em tela era a afeição entre eles. Para tanto, a análise da existência ou não da *affectio societatis* foi essencial para o deslinde do processo.

A natureza familiar e a vinculação entre os sócios por suas características pessoais intensificam este vínculo contratual, que deixa de ser meramente institucional, de modo que seria possível conforme as situações e os vínculos estabelecidos através dos interesses das partes.

As teorias apresentadas neste tópico, portanto, não encontram respaldo em uma unanimidade doutrinária e, em alguns aspectos, tampouco se excluem, ao passo em que podem ser aproveitadas entre si. Se não há um posicionamento único e menos ainda uma determinação legal que defina a natureza jurídica, cabe a análise e adoção daquela que se compreenda como mais adequada aos estudos realizados acerca das diversas temáticas no seu entorno.

É desse modo que se pode concluir, com relação a todo tipo de ato constitutivo de sociedade empresária, com base nos fundamentos expostos, que os contratos e estatutos sociais são negócios jurídicos contratuais plurilaterais, do tipo associativo e de organização.

Este entendimento é elucidado por Rodrigo Tellechea Silva¹⁶⁶, o qual conclui da seguinte forma¹⁶⁷:

A sociedade deve ser examinada como pertencente à categoria dos contratos do tipo plurilateral associativo, distinta de outras formas contratuais existentes, justamente pela perseguição de um escopo comum por parte de seus participantes, cuja compreensão é pressuposto para entender por que a estrutura organizativa e os

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 111.924-PR (1996/0066757-8)**. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/RESP%20111294PR.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

¹⁶⁶ SILVA, 2016, p. 46.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 48.

direitos, deveres e obrigações atribuídos aos sócios constituem um dos seus traços marcantes.

Quanto à sua classificação, Rachel Sztajn ressalta que os contratos de sociedade têm natureza de longa duração e de execução continuada¹⁶⁸.

Entende-se que, em qualquer ato constitutivo de sociedade, haverá o elemento volitivo das partes e deverão ser respeitados todos os requisitos de existência e validade dos negócios jurídicos. Conforme ressaltam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede, “a pedra de toque de qualquer ato constitutivo é a vontade dos sócios”¹⁶⁹, de modo que cada sociedade deverá sempre refletir as particularidades daquela contratação em específico, de cada negócio.

A compreensão de que os contratos de sociedades empresárias são negócios jurídicos plurilaterais com caráter contratual é de suma importância para a presente pesquisa, pois permite que as regras postas no Código Civil quanto aos negócios jurídicos contratuais sejam aplicáveis a esta categoria também. Esta conclusão inclui aplicar-se o regime geral das invalidades dos negócios jurídicos, bem como a forma de atuação através da autonomia privada, observados os limites de cada tipo societário e as suas especificidades.

É com base nesta conclusão que se deve prosseguir com o estudo acerca da autonomia privada no direito empresarial. No tópico subsequente, passa a ser exposta a liberdade que o ordenamento jurídico confere ao empresário para que determine as diretrizes da sua atividade, bem como quais seriam os limites desta autonomia.

2.3.2 Autonomia privada no direito empresarial

A figura do empresário, assim denominado, surge na história do Direito a partir da Teoria da Empresa, idealizada na Itália, a qual sucede a francesa Teoria dos Atos de Comércio, consagrada no *Code de Commerce*, o Código Napoleônico. O comerciante, personagem principal deste último período, é regulamentado principalmente com o intuito de ser feita uma distinção entre burgueses e nobres, tendo em vista que aqueles estavam ganhando espaço na comunidade e, por meio da especificação de todos os atos de comércio, atingiriam o objetivo de manter dentro da própria classe dos burgueses as suas regalias instituídas legalmente.

¹⁶⁸ SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 283-302, jan. 2004, p. 293. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

¹⁶⁹ MAMEDE; MAMEDE, 2015. p. 95.

O conceito de empresário, no ordenamento jurídico atualmente vigente, engloba o de comerciante¹⁷⁰, pois se trata de uma definição em que não são tipificadas exatamente quais as específicas atividades empresariais. Assim, todo aquele que tenha as características previstas neste conceito, inclusive os comerciantes, serão considerados como empresários. O Código Civil Brasileiro prevê expressamente três espécies de empresário, quais sejam, o empresário individual, a EIRELI e a sociedade empresária.

Entretanto, vale observar que os tipos que identificam os atos de comércio ainda são utilizados, apesar de não mais adotado na legislação brasileira, pelo fato de permitirem uma identificação mais fácil daquele que exerce a atividade de comércio.

O conceito de empresa e, conseqüentemente, o de empresário, foram desenvolvidos principalmente no século XIX. Duas são as ciências que se dedicam a analisá-los, a Economia e o Direito, as quais deram início a tais estudos em um mesmo momento histórico, mas com objetivos distintos. Quanto ao conceito de empresário elaborado pela Economia Política, Sylvio Marcondes Machado o apresenta em sua obra, elencando algumas características que devem ser atendidas por todo aquele que desenvolve alguma empresa¹⁷¹:

[...] *distinção* entre os possuidores dos fatores produtivos; *antecipação* sobre a procura do mercado; assunção dos *riscos* técnicos e econômicos; e ser o intento do *máximo ganho* monetário, pela diferença entre o custo de produção e o preço de venda do bem ou serviço, realizado no quadro jurídico da *propriedade privada* e da *liberdade de contratar*, em função do *mercado* e *dos respectivos preços*.

O histórico do ramo comercial do Direito demonstra que houve uma evolução no sentido de revestir inicialmente as atividades referentes ao exercício da mercancia com uma roupagem especial, conferindo-lhes determinados benefícios. Para tanto, é consagrada a rixa existente à época entre burgueses e nobres. É por meio do Código Napoleônico, embasado nesta Teoria dos Atos de Comércio, que o Direito passa a delimitar o conceito de comerciante.

No Brasil, é apontado como o marco legal do Direito Comercial a Carta Régia de 1808, que deliberou acerca da abertura dos portos. Em seguida, inspirado no sistema francês, é aprovado o Código Comercial Brasileiro pelo Imperador D. Pedro I no ano de 1850. Este diploma legal, todavia, ainda não indicava expressamente quais seriam os atos de comércio, o que foi feito em seguida com o Regulamento 737, deste mesmo ano, adotando a Teoria dos

¹⁷⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

¹⁷¹ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 118, grifo do autor.

Atos de Comércio. Ficam definidas expressamente as atividades sujeitas à jurisdição dos Tribunais de Comércio¹⁷².

Em contraposição ao sistema francês, surge na Itália a Teoria da Empresa, que, neste processo evolutivo, traz um conceito exposto sobre quem seria empresário, não mais adotando a sistemática de elencar os atos de comércio, possibilitando assim que qualquer um se enquadre nesta previsão, desde que atenda aos requisitos expressos. Vale ressaltar que tal teoria é o marco para a alteração do nome do ramo de Direito Comercial para Direito Empresarial.

No Brasil, a transição do sistema francês para o italiano ocorreu lentamente por causa da demora ocorrida no trâmite do projeto de Código Civil no Congresso Nacional, apresentado por Miguel Reale, entre os anos de 1975 e 2002¹⁷³. Após estes 27 anos de tramitação legal, com a aprovação do novo Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro passa a expressamente adotar a Teoria da Empresa, incorporando o modelo italiano à legislação nacional.

Tal transição é comentada por Eduardo Teixeira Farah, ao destacar que houve “uma profunda alteração da concepção individualista ultrapassada do Código Civil em vigor, pois se afasta do conceito unitário do empresário comercial e se preocupa mais com o efetivo exercício da atividade empresária”¹⁷⁴.

O conceito de empresário inspirado no modelo italiano, sucedendo o francês de comerciante, é apresentado no artigo 966, *caput*, do Código Civil de 2002. Além de determinados requisitos legais, como a capacidade, desimpedimento e inscrição na Junta Comercial¹⁷⁵, passa a ser reconhecido como empresário todo aquele que apresente os seguintes elementos: profissionalismo, organização dos fatores de produção e lucratividade. Não se exige mais o exercício de determinada atividade de mercancia, mas sim o atendimento a tais requisitos, independentemente da empresa que se exerça no caso concreto.

É dentro do Direito Empresarial que se encontram as regras que disciplinam a forma de atuação deste empresário e, conseqüentemente, definem os contornos do âmbito em que poderá agir conforme a sua autonomia privada.

Autonomia privada é princípio que se desdobra em direito subjetivo e liberdade negocial para que possa ser concretizado. É a partir desta autonomia que as partes poderão regular as suas atividades negociais e econômicas, sem a intervenção direta do Estado. O negócio jurídico

¹⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 37-38.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷⁴ FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: COSTA, Judith Martins et al. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

¹⁷⁵ BRUSCATO, 2011, p. 89-93.

é o instituto do Direito Privado que congrega este poder conferido às partes, sendo a sua forma de concretização¹⁷⁶.

Nesta pesquisa, o enfoque da autonomia privada será com relação à liberdade de iniciativa, que é a garantia de ingressar no mercado¹⁷⁷ e a forma como se poderá regulamentar este ingresso. A autonomia privada do empresário também possui outros desdobramentos, como a liberdade de contratar, que revela a face externa da empresa, mas não será objeto deste estudo, posto que se busca investigar o ato que viabiliza o seu ingresso no mundo jurídico e no mercado.

A melhor compreensão quanto à aplicação do princípio da autonomia privada no Direito Empresarial necessita de uma breve análise quanto às normas cogentes e dispositivas. As primeiras seriam aquelas que direcionam a atuação dos indivíduos, reduzindo o espaço da sua liberdade para o autorregramento. Já as normas dispositivas, em sentido oposto, viabilizam que o indivíduo discipline os seus próprios interesses.

Rodrigo Tellechea Silva conclui então que “as normas cogentes constituem verdadeiros limites de atuação da autonomia privada, já que visam à proteção e/ou à regulação de interesses superiores aos meramente privados, ao passo que as normas dispositivas representam espaços para a sua atuação”¹⁷⁸.

No Direito Privado, em regra, há maior número de regras dispositivas, em comparação com o regime do Direito Público. Assim, dentro do Direito Empresarial, há mais espaço de liberdade às partes, para agirem de acordo com a sua vontade, guiadas pelas normas dispositivas postas no sistema legal.

No Direito Empresarial, ou no Direito Societário em específico, as relações jurídicas estabelecidas entre sócios, sociedade e terceiros têm a natureza jurídica obrigacional, com caráter evidentemente patrimonial e refere-se a direitos disponíveis. É, portanto, um amplo espaço para a atuação das partes conforme a sua autonomia privada¹⁷⁹.

Contudo, é importante observar que há também neste ramo do Direito um núcleo de normas cogentes imperativas, conforme leciona Rodrigo Tellechea Silva, ao ressaltar que:

[...] a estrutura organizativa da sociedade, com órgãos de administração, deliberação e fiscalização, bem definidos, aliada ao regime de responsabilidade construído para cada tipo societário compõem o que se convencionou chamar de núcleo rígido

¹⁷⁶ SILVA, 2016, p. 132.

¹⁷⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

¹⁷⁸ SILVA, op. cit., p. 143.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 146-147.

(imperativo) do direito societário, o qual inadmite alteração por parte da vontade dos acionistas.¹⁸⁰

A taxatividade dos tipos societários em face da possibilidade de contratos atípicos também revela que no âmbito do Direito Societário há normas imperativas que não estão contempladas pelo Direito Contratual. O artigo 983, do Código Civil de 2002¹⁸¹, é o que revela a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro do sistema societário de tipicidade fechada¹⁸². Os tipos societários têm a função de antever as soluções para os problemas de organização societária¹⁸³. Por outro lado, limitam o âmbito de atuação do empresário através da sua autonomia privada.

O Código Civil brasileiro determina como tipos societários a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações.

Em sistemas como o brasileiro, não é possível a constituição de sociedade empresária atípica. Caso contrário, esta opção poderá acarretar, por exemplo, em “responsabilização pessoal de fundadores, administradores e acionistas, além de outras sanções extremas, como a nulidade de cláusula, a falta de personificação da sociedade, a constatação da sua irregularidade, a dissolução do tipo societário, ou a mudança da sua qualificação jurídica”¹⁸⁴.

Em face deste cenário, é possível concluir que a autonomia privada não viabiliza a constituição de sociedade empresária atípica, pois se trata de norma cogente. A liberdade negocial do empresário, neste caso, estará restrita à alteração de determinadas circunstâncias particulares no âmbito do negócio jurídico plurilateral disciplinadas na legislação por meio de normas dispositivas¹⁸⁵. Não se admitem as sociedades atípicas, mas sim as sociedades típicas com cláusulas atípicas, de modo que a atividade inventiva incidirá sobre estas.

Além de todas estas normas cogentes quanto à forma de constituição das pessoas jurídicas empresárias, Rachel Sztajn faz crítica quanto ao artigo 997, do Código Civil, que determina o conteúdo mínimo do contrato social, assim como à regra que impede a constituição

¹⁸⁰ SILVA, 2016, p. 149.

¹⁸¹ “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”. Cf. BRASIL, 2002.

¹⁸² SILVA, op. cit., p. 184.

¹⁸³ Ibidem, p. 182.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 211.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 212.

de sociedade empresária por cônjuges quando o regime de bens seja o da separação obrigatória ou o da comunhão universal, ao aferir que refletem uma visão conservadora da referida lei¹⁸⁶.

A aludida autora leciona que o Código Civil de 2002 poderia engessar o exercício da atividade empresária por conter normas que até mesmo entrariam em conflito com os diversos princípios constitucionais que regem a atividade econômica¹⁸⁷. De fato, para que seja viável a execução de uma empresa, é importante que haja espaço para a criatividade, o que deve estar amparado e protegido pelo ordenamento jurídico.

Contudo, não é viável que o Direito Empresarial esteja regido apenas pelas normas de mercado. Neste sentido, Paula Andrea Forgioni ressalta “a inafastável importância das normas exógenas ao mercado para sua existência e disciplina” e conclui que não deve ser mantida uma concepção extremamente individualista sobre este ramo do direito¹⁸⁸. É importante, então, que exista um equilíbrio entre as normas cogentes e princípios constitucionais que regulem a atividade comercial, bem como o âmbito para atuação conforme a criatividade e vontade do empresário.

Desse modo, é importante que a autonomia para o exercício da atividade econômica empreendida seja condizente com as diretrizes postas nos incisos do artigo 170, da Constituição Federal de 1988¹⁸⁹. A redação do referido dispositivo congrega a livre-iniciativa, cumulada com a proteção do trabalho humano e da vida em comunidade.

É importante observar que além das diretrizes formuladas nos incisos do referido dispositivo constitucional, que orientam a atividade econômica na ordem constitucional pátria, é o seu parágrafo único que enfatiza a liberdade das partes nesta seara. Apesar de se dar enfoque às disposições dos incisos, há nesta norma expressa determinação de que o exercício das atividades econômicas é livre no Brasil.

A conclusão com este tópico é de que o Direito Empresarial e, em análise mais restrita, o Direito Societário, é sim um campo fértil para que as partes possam atuar conforme a sua

¹⁸⁶ SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, p. 63-77, jan. 2005, p. 75. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67664>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 74.

¹⁸⁸ FORGIONI, 2016, p. 18.

¹⁸⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Cf. BRASIL, 1988.

autonomia privada, através da construção de negócios jurídicos de acordo com os interesses individuais.

É importante, então, que sejam analisados os limites desta autonomia privada na constituição das pessoas jurídicas empresárias e também na fase de execução da empresa. Tais limites serão revelados, nos capítulos seguintes, pela definição dos contornos da simulação, de modo que o abuso no uso desta autonomia privada não desencadeie na prática de atos ilícitos.

3 A INVALIDIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS POR SIMULAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O segundo capítulo desta dissertação tem o objetivo de delimitar o conceito da simulação. Para tanto, analisa-se o regime das invalidades no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, passa-se a focar detidamente na simulação em si, enquanto instituto jurídico que sofreu transformações com a mudança do Código Civil de 1916 para o de 2002.

Por fim, devem ser apresentados os conceitos de institutos que comumente são confundidos com a simulação, em especial nos casos que se deseja estudar nesta pesquisa, de modo que os contornos da simulação estejam bem definidos.

3.1 A INVALIDIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A perfeição do negócio jurídico será aferida através da análise dos seus três planos, quais sejam, o da existência, da validade e da eficácia. A existência do fato jurídico está diretamente atrelada à constatação de todos os seus elementos nucleares, de modo que a falta de apenas um destes poderia induzir à inexistência do fato jurídico.

O plano da validade é aquele que será verificado após constatada a existência do fato jurídico. Ou seja, após verificados que estão presentes todos os elementos essenciais do suporte fático, deve-se prosseguir com a análise de cada um destes e da sua consonância com as regras que os regem.

Com base nesta compreensão sobre a necessária existência do ato jurídico para que se possa aferir a sua validade ou invalidade, regra também aplicável ao plano da eficácia, Marcos Bernardes de Mello assinala que¹⁹⁰:

[...] o existir (= ser fato jurídico) constitui, portanto, pressuposto essencial da validade, ou invalidade, e da eficácia, ou ineficácia, do fato jurídico, donde implicar uma *contradictio in aucto* dizer-se, por exemplo, que o fato jurídico nulo, ou o ineficaz, é inexistente, porque somente o que existe pode ser qualificado.

A validade do negócio jurídico envolve a verificação da capacidade do agente, a licitude do objeto e a obediência à forma prescrita ou não defesa em lei, em atenção à prescrição do

¹⁹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39, grifo do autor.

artigo 104, do Código Civil de 2002. No referido plano da validade, portanto, deve-se aferir a consonância dos elementos essenciais do suporte fático com o ordenamento jurídico.

Neste sentido, José Abreu Filho aduz que é inválido o negócio jurídico que não esteja afinado com as exigências legais, cujos pressupostos não tenham sido devidamente observados, cuja vontade esteja viciada ou, ainda, que tenha violado os princípios de proteção a pessoas específicas¹⁹¹.

A presente pesquisa possui enfoque principalmente no plano da validade dos negócios jurídicos contratuais, especialmente no que se refere às causas de nulidade absoluta previstas no Código Civil de 2002, posto que se busca compreender quando haveria ou não simulação. Deste modo, interessa compreender o que enseja a invalidade de atos jurídicos.

Historicamente, de acordo com o direito romano, ato nulo seria equivalente a ato inexistente. Disto, em investigação acerca da etimologia, Marcos Bernardes de Mello apresenta a constatação de que *Nullus* tem em sua raiz a concepção de nenhum, ou seja, coisa alguma. Ressalta, assim, que “*irritus* é que designava o ato existente passível de nulidade, e tinha, mais propriamente, o sentido de inútil, como se pode concluir das lições de Gaius, significado que mais se aproxima ao que hoje se atribui à invalidade”¹⁹².

Contudo, em atenção à evolução histórica do conceito de nulidade, hoje não mais se compreende que esta ensejaria a inexistência do fato jurídico, principalmente em face da compreensão de que a existência dos elementos do suporte fático induz à existência do negócio jurídico. O ato jurídico nulo, portanto, existe de forma deficiente¹⁹³.

José Joaquim Calmon de Passos destaca que o ato nulo é aquele que não é válido. Consequência disto é que ele não produzira qualquer efeito. O ato nulo, portanto, é ineficaz, desvalioso¹⁹⁴.

O negócio jurídico considerado nulo é concebido como aquele que fora praticado a partir de uma infração a preceito legal de ordem pública ou ainda a uma norma imperativa¹⁹⁵. Esta espécie de invalidade apresenta como principais características ser: imediata, ou seja, o negócio jurídico nasce eivado com esta nulidade, “morto”; absoluta, de modo que qualquer interessado pode pleitear em juízo o seu reconhecimento; incurável, pois não convalesce e tampouco pode ser confirmado o negócio nulo, e; perpétua, pois não há prazo prescricional ou decadencial¹⁹⁶.

¹⁹¹ ABREU FILHO, 1997, p. 335.

¹⁹² MELLO, 2015, p. 36.

¹⁹³ Ibidem, p. 36.

¹⁹⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 71.

¹⁹⁵ GOMES, O., 2016, p. 364.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 366.

As características acima expostas foram formuladas pela teoria clássica dos negócios jurídicos, a qual vem sofrendo críticas. Construções doutrinárias mais modernas indicam que tais regras não seriam absolutas.

Exemplo disto é a ressalva formulada por Marcos Bernardes de Mello quanto à característica de ser a nulidade absoluta incurável, que apresenta exceções específicas, quais sejam, a de “decisão do órgão colegiado da pessoa jurídica que seja nula por violar norma cogente ou for viciada por simulação ou fraude à lei se torna definitiva (= convalesce a nulidade)”, pois haveria expressa previsão legal de prazo decadencial para pleiteá-la, conforme a regra do artigo 48, parágrafo único, do Código Civil. Apresenta ainda “a possibilidade de conversão do negócio jurídico em outro que, sendo válido, atenda ao fim visando pelas partes” ou até mesmo “a questão da preclusão da nulidade no direito processual e no direito eleitoral”¹⁹⁷.

Compreende-se que estas situações em específico não desnaturam a regra geral, que é a de ser incurável a nulidade absoluta dos negócios jurídicos. Ou seja, as exceções respectivas a cada característica não têm o poder de criar uma nova teoria sobre as nulidades dos atos jurídicos, mas apenas revelam que estas devem ser analisadas caso a caso. Até o momento não foi sugerida nova teoria que venha a substituir a clássica, com a mesma importância que esta tem, bem como pela sua utilidade.

Ademais, deve-se considerar que o sistema das nulidades adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é aquele que prima pelo respeito à ordem pública e é este princípio que deve reger o tratamento dado aos atos jurídicos nulos¹⁹⁸. A flexibilização da regra geral da nulidade absoluta acima exposta poderia ferir tal princípio e geraria insegurança jurídica nas relações privadas.

Importa ainda considerar que, conforme a lição de Marcos Bernardes de Mello, o ato jurídico inválido tem a natureza de ato ilícito e a respectiva sanção é a sua própria invalidade, em seus diversos graus¹⁹⁹. Em conclusão, o ato inválido irá integrar o gênero dos atos jurídicos ilícitos²⁰⁰. Esta leitura acerca da invalidade não é unânime na doutrina pátria, mas é adotada na presente pesquisa, pois em consonância com as diretrizes e concepções que têm sido adotadas.

¹⁹⁷ MELLO, 2015, p. 39-40.

¹⁹⁸ ABREU FILHO, 1997, p. 341.

¹⁹⁹ MELLO, op. cit., p. 62.

²⁰⁰ Ibidem, p. 63.

Neste mesmo sentido, Orlando Gomes reconhece que “a invalidade é a *sanção* imposta pela lei ao negócio praticado em desobediência ao que prescreve, ou no qual é defeituosa a vontade do agente”²⁰¹.

A partir da compreensão de que a invalidade seria uma sanção imposta a este ilícito no âmbito do direito civil, como forma de reprimir atitudes reiteradas neste sentido e preservar a manutenção de todo o sistema jurídico, Marcos Bernardes de Mello conclui que qualificá-los como inválidos seria:

[...] uma forma de assegurar a integridade do ordenamento jurídico, que, recusando utilidade jurídica, e conseqüentemente prática, aos atos jurídicos realizados com infringência de suas normas, resguarda a sua *valência* (no sentido de vigência) como um todo e de cada uma de suas normas, em particular.²⁰²

É com base nesta concepção que se pode afirmar que a invalidade de um determinado ato jurídico não será aplicável em face do terceiro de boa-fé. Isto porque quem praticou o ato ilícito foi aquele que ensejou tal nulidade, seja relativa ou absoluta, e não aquele terceiro que nenhuma sanção deve sofrer por ilicitude não praticada²⁰³. É o que se verá adiante quando se passa a abordar a simulação em si.

Quanto à classificação da nulidade absoluta, tem-se que esta poderá ser textual ou virtual, ou ainda total ou parcial. A hipótese da nulidade absoluta do ato jurídico pode estar expressamente posta em lei, que configura a nulidade textual, ou pode ainda ser implícita, denominada por Orlando Gomes de “virtual”. Esta última situação ocorre “deprendendo-se da função da norma na falta de sanção explícita”²⁰⁴.

Além disso, será total a nulidade que atinge todo o ato jurídico. Em contraposição, a nulidade parcial se dará sempre que estiver limitada a uma ou algumas cláusulas, ressalvando-se que deve ser possível separá-la das demais sem que se sacrifique as outras e, conseqüentemente, o negócio jurídico como um todo²⁰⁵.

Até então tratou-se da espécie nulidade absoluta das invalidades do negócio jurídico. Contudo, deve ser apresentada a possibilidade de nulidade relativa ou anulabilidade. O negócio jurídico anulável é aquele que representa ofensa aos interesses particulares de pessoas específicas, conforme tenha sido a vontade do legislador²⁰⁶. Orlando Gomes leciona que é

²⁰¹ GOMES, O., 2016, p. 364.

²⁰² MELLO, 2015, p. 35.

²⁰³ Ibidem, p. 67.

²⁰⁴ GOMES, O., op. cit., p. 365.

²⁰⁵ Ibidem, p. 365.

²⁰⁶ VIEIRA, Lucas Carlos. Função social e defeitos sociais dos negócios jurídicos: a simulação e a fraude à lei. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 1, p. 1-35, jan./jun. 2014, p. 30. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Vieira-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

anulável o ato “que se pratica em desobediência a normas que protegem especialmente certas pessoas, e tutelam a vontade do agente contra vícios que podem distorcê-la”²⁰⁷.

As características dos atos anuláveis são opostas àquelas dos atos nulos. A anulabilidade é diferida, pois produz efeitos até que seja suscitada a nulidade, sendo por isso denominada como “nulidade dependente de rescisão”; relativa, pois apenas a parte prejudicada pode suscitá-la em juízo; sanável, tendo em vista que poderá ser confirmada pelas partes, e; provisória, posto que a pretensão prescreve, havendo ainda prazo decadencial expresso na legislação pátria²⁰⁸.

Em respeito aos objetivos desta pesquisa, não se adentrará nas especificidades quanto à anulabilidade dos negócios jurídicos e suas peculiares características, posto que se pretende analisar a simulação, que é hipótese de nulidade absoluta do negócio jurídico. É importante traçar algumas considerações quanto àquilo que se aproveita para a nulidade absoluta.

Assim, vale distinguir a confirmação do negócio anulável da conversão do negócio nulo. A confirmação seria a aceitação do negócio anulável da forma como está, de modo que vem a purgar o vício e assim cura a invalidade do negócio defeituoso. Já a conversão não importa na confirmação do defeito, posto que isto é impossível nos atos jurídicos nulos, mas em se aproveitar o que seja possível dele e transformar em um novo negócio válido. Orlando Gomes elenca como requisitos da conversão²⁰⁹:

- a) – que o negócio nulo tenha os elementos do negócio convertido; b) – que se configure a presunção segundo a qual, as partes do negócio nulo teriam querido o resultante dessa conversão se tivessem sabido da nulidade do negócio invalido que celebraram; c) – que o objetivo das partes seja idêntico ao da intenção consubstanciada na declaração de vontade constitutiva do negócio nulo.

As premissas firmadas no presente tópico levam à conclusão de que se deve preservar a teoria clássica da invalidade dos negócios jurídicos, posto que não houve até então a formulação de uma nova teoria com uma solução diversa. Apesar de comportar exceções às regras, que não devem ser interpretadas de forma estanque, a teoria apresentada é a que está posta na legislação pátria, de modo que deve continuar sendo aplicada por preservar as relações jurídicas, principalmente as contratuais.

Constata-se ainda que é oportuna e deve ser aplicada a tese de que os atos jurídicos inválidos são ilícitos civis, cuja sanção é exatamente a sua invalidade, posto que traz consequências práticas importantes para este estudo.

²⁰⁷ GOMES, O., 2016, p. 367.

²⁰⁸ Ibidem, p. 368.

²⁰⁹ Ibidem, p. 370.

3.2 A SIMULAÇÃO COMO HIPÓTESE DE NULIDADE ABSOLUTA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O presente tópico pretende demonstrar a atual teoria acerca da nulidade absoluta dos negócios jurídicos por simulação, conforme o regramento disposto no Código Civil de 2002. Para tanto, inicialmente, apresenta-se a comparação entre o regime do instituto nas Lei Cíveis de 1916 e 2002, para que em seguida se foque na sua atual conformação, quanto às modalidades, efeitos e proteção ao terceiro de boa-fé.

3.2.1 Conceito doutrinário de simulação

O conceito doutrinário de simulação é construído de formas diversas, através de algumas teorias, as quais se aproximam daquelas sobre a vontade já apresentadas nesta pesquisa. Passam a ser apresentadas as teorias tradicionais, bem como algumas construções doutrinárias mais recentes, para que, ao fim, seja possível vislumbrar o que há de comum entre elas e melhor compreender o instituto jurídico da simulação.

A primeira teoria a ser apresentada é aquela adotada pelos doutrinadores voluntaristas, que defendem ser a simulação um conflito entre vontade e declaração. Haveria, portanto, uma deliberada divergência entre o que é querido pelas partes e o que fora objeto de declaração. Conforme esta corrente doutrinária, a simulação seria um vício social dos negócios jurídicos²¹⁰.

Em sentido oposto a antecedente, está a teoria da declaração, através da qual se depreende que a simulação seria o conflito entre declarações. Este seguimento doutrinário conclui que a configuração da simulação necessita da instauração de duas instâncias, de dois atos distintos, que seriam o ato ostensivo e o ato oculto²¹¹. Conclui-se que a divergência seria entre atos, e não apenas entre vontades.

A última teoria tradicional seria aquela atrelada à concepção objetivista do negócio jurídico. A simulação apareceria como um defeito funcional do negócio jurídico e, por meio dela, estaria ocorrendo um abuso da função instrumental do negócio jurídico. Desse modo, a simulação conformaria uma “instância de ausência de pretensão de validade”, de modo que o acordo simulatório seria formulado com o objetivo de aniquilar a causa do negócio jurídico simulado²¹².

²¹⁰ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-39.

²¹¹ *Ibidem*, p. 41-42.

²¹² *Ibidem*, p. 44-45.

Luiz Carlos de Andrade Júnior formula crítica diante de todas essas teorias e sugere uma nova compreensão, sem, contudo, deixar de reconhecer a importância das demais construções doutrinárias, aproveitando-se de algumas das suas conclusões. O referido autor propõe a visualização da simulação como a criação da ilusão negocial, ao negar que não haveria uma real vontade no ato simulatório. O autor conclui que a simulação “consiste no programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”²¹³.

Diante destas teorias, foram organizados na doutrina pátria os conceitos de simulação que passam a ser expostos.

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o conceito de simulação vem da concepção de que “*Simular* vem de *simul*, advérbio, com o sentido de fingir ser, ou de se aparentar o que não se é”²¹⁴. O mencionado autor ressalta que haveria uma divergência entre a volição e a exteriorização²¹⁵. Esta compreensão estaria mais arraigada à teoria da vontade.

Marcos Bernardes de Mello conceitua que simular significar mentir ou fingir algo que não é real²¹⁶. Os seus elementos essenciais seriam a existência de um ato conscientemente inverídico, a partir da intenção dos participantes, bem como a consciência sobre a simulação por todos os figurantes. Quanto a este último aspecto, o autor ressalva que aquele figurante que não sabia da simulação sofreu dolo por parte dos demais²¹⁷.

Itamar Gaino leciona que “a simulação é o fenômeno da aparência contratual criada intencionalmente”²¹⁸. A partir desta compreensão, nota-se que deve haver o fingimento acerca do negócio que está sendo apresentado a terceiros, bem como deve estar configurado o elemento subjetivo da intencionalidade. Quem simula sabe que está simulando e o faz por motivos próprios.

Conforme lições de Orlando Gomes, “para haver *simulação*, é necessário o *acordo simulatório*. É tal acordo que possibilita compreender a distinção entre a simulação e a *reserva mental*”²¹⁹. No caso da simulação, todos os participantes acordam em simular a sua real

²¹³ ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 83.

²¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 4, p. 439, grifo do autor.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 442.

²¹⁶ MELLO, 2015, p. 115.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 116.

²¹⁸ GAINO, 2012, p. 44.

²¹⁹ GOMES, O., 2016, p. 331, grifo do autor.

intenção, para exteriorizar uma diversa daquela que pretendem efetivar, inventada para fingir aquele negócio jurídico simulado. Não escondem entre si qual a vontade real.

O acordo simulatório, em síntese, seria um ato preparatório da própria simulação, em que as partes conjugam as suas vontades de aparentarem firmar negócio jurídico distinto do seu real querer. Os seus participantes são, portanto, as mesmas partes da simulação²²⁰.

Nesta pesquisa, entende-se que todas as definições confluem para uma mesma conclusão, que é a de que as partes acordam em esconder, simular, fingir algo. Independentemente da forma linguística e dos signos eleitos para melhor desenhar este cenário, é importante que se tenha em mente a existência de algo que ilude terceiros, que não revela a verdade das partes. Por isso, não se adota uma específica teoria, mas essa ideia central que permeia todas as apresentadas.

3.2.2 Análise comparativa entre os regimes da simulação no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002

A simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico no ordenamento jurídico pátrio. Considera-se que houve uma manifestação de vontade e, por isso, o ato jurídico existe, posto que devidamente preenchido o seu suporte fático, vindo a ingressar no mundo jurídico, mas sem ser perfeito.

Contudo, observa-se que as Leis Civis pátrias de 1916 e 2002 conferiram diferentes tratamentos à simulação.

Na vigência do Código Civil de 1916, a simulação seria um defeito do negócio jurídico, classificado como vício social²²¹, que ensejaria a sua anulabilidade. Haveria simulação em relação a: o objeto ou a matéria da contratação, a própria pessoa, a categoria jurídica do ato, as modalidades, o tempo, a quantidade, o fato e, por fim, o próprio lugar do negócio jurídico²²². Tais situações estavam dispostas no artigo 102, do Código Civil de 1916²²³.

Este diploma legal propunha a distinção entre simulação inocente e maliciosa. Assim, o ato jurídico deveria ser atacado no plano da validade, sempre que se constatasse prejuízos a terceiros ou violação da lei, de acordo com a redação do seu artigo 103, *litteris*: “A simulação

²²⁰ GAINO, 2012, p. 47.

²²¹ ABREU FILHO, 1997, p. 298.

²²² MIRANDA, 2000, v. 4, p. 442.

²²³ “Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral: I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas das a quem realmente se conferem, ou transmitem. II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira. III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou postdatados.”. Cf. BRASIL, 1916.

não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, **quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei**".

Além disso, para a análise quanto à presença de eventual vício no seu plano da validade, é importante que antes se diferencie a simulação absoluta daquela relativa, bem como qual o tratamento que era conferido pelo Código Civil de 1916 para cada uma destas. Este estudo deve ser feito em conjunto com as categoriais ora mencionadas de nocência ou inocência no ato de simular.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda apresenta que as possíveis classificações da simulação no Código Civil de 1916 seriam a simulação absoluta e inocente, simulação relativa e inocente e simulação invalidante²²⁴. Os efeitos referentes a cada um destes tipos seriam diversos.

A simulação absoluta e inocente era aquela em que as partes, em verdade, não tinham a intenção de fazer com que aquele negócio simulado ingressasse no mundo jurídico²²⁵. Nesta situação específica, tendo em vista que não havia sequer vontade de que ingressasse e produzisse efeitos no mundo jurídico, entendia-se que o ato jurídico era inexistente.

A simulação relativa e inocente, segundo a compreensão do referido autor, seria aquela em que não se quis realmente o ato simulado, e sim o dissimulado, mas, sem o prejuízo a terceiros ou a afronta à lei indicados no artigo 103 da Lei Civil de 1916²²⁶.

A dúvida que resta ser sanada neste aspecto é qual o negócio jurídico que deve ser mantido. A leitura do dispositivo leva a crer que deveria ser mantido o negócio jurídico simulado, não sendo a simulação um defeito deste. Contudo, Pontes de Miranda esclarece que a simulação relativa inocente possibilitaria que as partes mantivessem o negócio jurídico dissimulado, o qual revelaria a real intenção das partes²²⁷.

Por fim, haveria a simulação invalidante, ou seja, a nocente, em que houve a real intenção de simular cumulada, à época, com o intuito de lesar terceiros ou infringir a lei. Em tal situação, havendo vontade das partes em realizar o ato jurídico simulado, este ingressa no mundo jurídico e, portanto, existe. Contudo, a simulação invalidante acarretava a anulabilidade do negócio jurídico simulado.

²²⁴ MIRANDA, 2000, v. 4, p. 446-451, grifo nosso.

²²⁵ Ibidem, p. 446.

²²⁶ Ibidem, p. 450.

²²⁷ Ibidem, p. 451.

De forma a evidenciar e tornar ainda mais clara esta distinção, faz-se referência expressa aos ensinamentos de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda²²⁸, pois de forma didática evidenciam como a vontade se revela em tal situações:

Pôs ao vivo que, em tal maquinação, algo se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostram enquanto algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis. Na simulação absoluta, no ato jurídico aparente, *actus imaginarius*, nada se quis [...]. Na simulação-vício, na simulação de que tratam os arts. 102-105, *unum contractum palam facio, et ostendo me facere, et alium in veritate intendo* [...].

A simulação na Lei Civil de 1916 era causa de anulabilidade do negócio jurídico, de acordo com o seu artigo 147, conforme a classificação em que se enquadrasse. O pleito para que fosse reconhecido o vício na sua validade deveria obedecer ao prazo decadencial de quatro anos, segundo previsão do artigo 178, §9º, do mencionado diploma legal.

Neste regime, era possível que se pleiteasse em juízo o reconhecimento da simulação e os seus respectivos efeitos a partir de três distintas ações, a depender do tipo de simulação configurado²²⁹. Sempre que se constatasse a simulação absoluta inocente, seria adequada a ação declaratória negativa, de modo a se declarar a inexistência do ato jurídico, ação esta que era distinta daquela dos artigos 102, 104 e 105 do Código Civil de 1916, posto que tratavam da simulação relativa nocente²³⁰.

No caso da simulação relativa, dever-se-ia verificar se houve ou não a intenção de prejudicar terceiros ou de violar a lei, em atenção ao dispositivo acima transcrito. Em caso de se configurarem estes requisitos, seria o caso de se ingressar com ação constitutiva negativa, para que fosse reconhecida a nulidade do ato jurídico. A legitimidade ativa para que se ajuizasse tal ação seria dos terceiros prejudicados com o ato jurídico simulado ou os representantes do poder público.

Contudo, caso a simulação relativa fosse inocente, a opção viável seria uma ação declaratória positiva, reconhecendo o ato jurídico válido, de modo que passaria a valer como se fosse querido, para que passasse a produzir seus respectivos efeitos jurídicos.

Verifica-se que o conceito de simulação não sofreu transformações com a mudança entre o Código Civil de 1916 e o de 2002. As alterações ocorreram no âmbito do tratamento que lhe é conferido e respectivos efeitos jurídicos.

²²⁸ MIRANDA, 2000, v. 4, p. 441, grifo do autor.

²²⁹ Ibidem, p. 443.

²³⁰ Ibidem, p. 466-467.

A Lei Civil de 2002 passa a adotar o mesmo modelo italiano²³¹ e português²³² no que tange às regras da simulação, ou seja, a simulação passa a ser causa de nulidade absoluta dos negócios jurídicos²³³.

Portanto, com a vigência da Lei Civil de 2002, o negócio jurídico simulado no Brasil passa a ser nulo. Nesta senda, verifica-se que não há mais a exigência de haver intenção de prejudicar terceiros ou intenção de violar lei expressa²³⁴. Este aspecto subjetivo foi suprimido do regramento da simulação e não é mais necessário detectá-lo para a sua configuração.

António Barreto Menezes Cordeiro ressalta em sua obra o novo tratamento conferido à simulação a partir do Código Civil de 2002, ao mencionar que, com a revogação daquele de 1916, “as duas ‘excentricidades’ acima apontadas – circunscrição à simulação fraudulenta e ligação à fraude à lei – foram abandonadas”²³⁵.

É o que Itamar Gaino destaca ser a reclassificação da simulação, em que os defeitos do negócio jurídico são causas de anulabilidade neste Código Civil, enquanto que aquela será motivo de nulidade absoluta²³⁶.

Desse modo, conclui-se que a Lei Civil de 2002 passa a reconhecer a gravidade que há no ato de simular por si só. A afronta ao ordenamento jurídico está neste conluio das partes em simularem uma situação aparente e falsa. Por isso, não há mais a necessidade de classificá-la como nocente ou inocente.

Apesar de ser causa de nulidade do negócio jurídico, Orlando Gomes ressalva que a simulação não teria um fim ilícito. Leciona, então, que as partes podem ou não estar firmando aquele negócio com a finalidade de executar um ato contrário à lei, mas tal característica não seria intrínseca à simulação²³⁷.

Contudo, neste estudo, adota-se a compreensão de Marcos Bernardes de Mello, já apresentada, ao destacar que a nulidade do ato é efeito e sanção da própria ilicitude. Ilícito é tudo aquilo que seja contrário ou repulsado pelo ordenamento jurídico, e não apenas o ilegal.

²³¹ O Código Civil italiano prescreve, em seu artigo 1.414, que “Il contratto simulato non produce effetto tra le parti” (o contrato simulado não produz efeito entre as partes). Cf. CODICE civile. In: **La legge per tutti**: informazione e consulenza legale. Atualizado em: 16 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.laleggepertutti.it/codice-civile/art-1414-codice-civile-effetti-della-simulazione-tra-le-parti>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

²³² Neste mesmo sentido, a Lei Civil portuguesa determina, através do seu artigo 240, que “1. Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado. 2. **O negócio simulado é nulo**”. Cf. PORTUGAL. **Código civil**: legislação complementar, jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: INCM, 2016, grifo nosso.

²³³ GAINO, 2012, p. 39.

²³⁴ Ibidem, p. 39.

²³⁵ CORDEIRO, António Barreto Menezes. **Da simulação no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2014, p. 40.

²³⁶ GAINO, op. cit., p. 40.

²³⁷ GOMES, O., 2016, p. 332.

Esta ilicitude, segundo o referido autor, está atrelada à deficiência de algum dos elementos nucleares do suporte fático, de modo que “o sistema jurídico o tem como *ilícito*”²³⁸.

Esta ilicitude atrelada à simulação é que a distingue dos defeitos dos negócios jurídicos, em que se verifica um vício na manifestação da vontade. No caso da simulação, este defeito não ocorre, mas sim uma real intenção de fingir, de tornar aparente apenas o que se quer revelar. Há uma real intenção das partes de se aproveitarem da autonomia privada como instrumento para manipular interesses próprios em detrimento de toda uma ordem legal e constitucional.

Caio Mário Pereira da Silva assim explicita que não há na simulação qualquer dos vícios na manifestação da vontade, como ocorre com os defeitos dos negócios jurídicos, “mas há um vício grave no ato, positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela ou em razão da técnica de sua realização”²³⁹.

Francisco Amaral delimita o conceito de simulação, reconhecendo-a como “uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Não é vício de vontade, pois não atinge a sua formação”²⁴⁰.

As regras referentes à simulação também sofreram mudança na sua posição no Código Civil de 2002, ao passo em que estão agora inseridas no Capítulo das Invalidades dos Negócios Jurídicos. É, especificamente, o artigo 167 que trata do regime do negócio jurídico simulado, apresentando os seus requisitos e efeitos jurídicos.

O referido dispositivo congrega nos incisos do parágrafo 1º do artigo 167 os elementos objetivos que podem configurar simulação, quais sejam: “I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”²⁴¹.

Pode-se concluir que o Código Civil de 2002 passa a exigir para a existência da simulação o fato de a declaração de vontade não estar condizente com o que efetivamente é querido pelas partes. Os contratantes declaram querer um determinado regulamento contratual, enquanto que, na verdade, pretendem não ter nenhum ou ter um outro diverso daquele expressamente apresentado²⁴².

Itamar Gaino conclui então que a simulação ocorre quando “as partes, a pretexto de exercício da autonomia privada, criam normas jurídicas primárias que não correspondem à

²³⁸ MELLO, 2015, p. 33.

²³⁹ PEREIRA, 2006, v. 1, p. 636.

²⁴⁰ AMARAL, 2014, p. 564.

²⁴¹ BRASIL, 2002.

²⁴² GAINO, 2012, p. 46.

realidade, assim agindo conscientemente”²⁴³. O autor concorda com a ideia de que se cria uma ilusão para terceiros, de modo que se simula a existência de um determinado negócio jurídico, o qual poderá ou não encobrir um outro dissimulado.

Ademais, conforme já destacado, os negócios jurídicos simulados são nulos e, por isso, a nulidade absoluta pode ser suscitada a qualquer instante, não havendo qualquer prazo decadencial para tanto. É possível que se considere eventual prazo prescricional quanto a pretensões pecuniárias advindas do reconhecimento da nulidade de um dado negócio.

Francisco Amaral leciona que “a sentença de nulidade é simplesmente declaratória, com eficácia retroativa, restabelecendo-se a situação anterior”²⁴⁴. Por ser nulo, não se convalida com o decurso do tempo e tampouco poderá produzir os efeitos que lhe seriam típicos.

Além disso, podem pleitear pelo reconhecimento da nulidade do negócio jurídico qualquer interessado ou, sempre que lhe couber intervir, o Ministério Público, conforme o caput do artigo 168, do Código Civil de 2002. É possível ainda que seja pronunciada de ofício pelo juiz por se tratar de nulidade absoluta, desde que haja provas para tanto. Neste caso, não cabe às partes a tentativa de suprir esta nulidade, em atenção ao parágrafo único do citado artigo.

Para se verificar qual o tratamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça na mudança de regras quanto à simulação, foi necessário proceder-se com a pesquisa dos acórdãos vinculados ao artigo 167, do Código Civil de 2002. Dentre aqueles listados como resultados da pesquisa com o filtro indicado, selecionou-se aquele que aborda a matéria empresarial, especificamente com relação ao “sócio presta-nome”, através do julgamento do Recurso Especial nº 776.304-MG²⁴⁵.

A análise do acórdão permitiu verificar de que forma esta Corte tem solucionado a questão dos negócios jurídicos celebrados na vigência do Código Civil de 1916, mas cujas relações jurídicas se prorrogam no tempo e, conseqüentemente, atingiram a vigência do Código Civil de 2002. Em tais situações, a solução seria reconhecer a nulidade absoluta do ato jurídico, nos seguintes termos:

In casu, forçoso reconhecer que o ato de constituição da sociedade estava sob o manto da legislação civil revogada. Todavia, uma vez que os efeitos do negócio se estenderam após entrada em vigor do novo Código, consoante regra do art. 2035, CC/02, esta novel lei é plenamente aplicável.²⁴⁶

²⁴³ GAINO, 2012, p. 46.

²⁴⁴ AMARAL, 2014, p. 572.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 776.304/MG (2005/0140131-4)**. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 05 de novembro de 2009. Publicado no DJE em: 16/11/2009. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20091116.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 9.

A esta altura, cabe então investigar de que forma se prova a simulação. Parte-se da compreensão de que provar uma simulação não seja tarefa simples, haja vista que aquele que pretende fingir algo não iria deixar provas concretas tão evidentes da sua simulação, pois não é a sua intenção ser reconhecida a nulidade daquilo que elaborou.

Sabe-se que o Direito Processual pátrio resguarda o direito das partes de “empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos [...], para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”²⁴⁷. Esta regra está atualmente posta no artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre que, no caso da simulação, será mais difícil a produção de prova documental contundente, que consiga demonstrar a existência do conluio entre as partes do acordo simulatório. Contudo, a dificuldade em se produzir prova da simulação não pode enfraquecer o significado deste instituto do direito material²⁴⁸.

É neste sentido que o mesmo diploma legal admite o recurso à prova testemunhal para comprovar a discrepância entre vontade real e vontade declarada, através do seu artigo 446, inciso I.

Ocorre que, mesmo a prova testemunhal, a depender das circunstâncias fáticas, pode não ser diretamente acessível àquele que queira comprovar o acordo simulatório e a nulidade do negócio jurídico²⁴⁹. Desse modo, a doutrina pátria tem admitido que a simulação poderá se provar através de prova indiciária.

Caio Mário da Silva Pereira ensina então que “**a prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente**; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de **indícios e presunções** para chegar à convicção de sua existência”²⁵⁰.

Orlando Gomes distingue os tipos de provas que os diversos personagens desta relação podem produzir, ao asseverar que “para os terceiros prejudicados, a prova da simulação é livre; para as partes, a do acordo simulatório”²⁵¹. Marcos Bernardes de Mello também adere ao posicionamento de que a simulação poderá ser provada através de indícios ou evidências²⁵².

Luiz Guilherme Marinoni ressalta, ainda, que a não admissão da prova indiciária nos casos em que a produção da prova direta é difícil implicaria na negativa do direito fundamental

²⁴⁷ BRASIL, 2015.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. *Gênesis*: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 6, n. 22, p. 843–849, out./dez. 2001, p. 844.

²⁴⁹ BUENO, Ana Clara Noleto dos Santos. Simulação no Código Civil. *Conteúdo jurídico*, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,simulacao-no-codigo-civil,47369.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

²⁵⁰ PEREIRA, 2006, v. 1, p. 639, grifo nosso.

²⁵¹ GOMES, O., 2016, p. 332.

²⁵² MELLO, 2015, p. 122.

do acesso à justiça. Por isso, conclui que ela será imprescindível para tutelar os casos em que houve uma simulação²⁵³.

Vale, portanto, expor o conceito de prova indiciária. No ordenamento jurídico brasileiro, é o artigo 239, do Código de Processo Penal, que traz o conceito de indício como sendo “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”²⁵⁴. É um fato que interessa ao processo pela sua relação de causa ou efeito com aquele que se pretende provar²⁵⁵.

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apresentam os seguintes exemplos de provas indiciárias, de forma a esclarecer o tema²⁵⁶:

É a “marca do batom” no colarinho, a indicar a traição; a “marca da borracha de pneu no asfalto”, a apontar a freada brusca, “a gagueira” no depoimento, a indicar a sua insinceridade; a “morte do filho”, a indicar o sofrimento dos pais; a “cicatriz no rosto da modelo”, a apontar o sofrimento moral; a “movimentação para instalação de acampamento”, a indicar futuro esbulho etc.

Nesta pesquisa, segue-se este mesmo entendimento, por se compreender que uma simulação não se comprova por provas evidentes e concretas, de modo que a prova indiciária pode sim servir como respaldo para o seu reconhecimento. Estes indícios poderão viabilizar que o juiz conclua pela existência ou não de simulação no caso concreto.

Em acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da apelação nº 2004.71.10.003965-9²⁵⁷, a simulação foi reconhecida a partir de indícios. O caso tratava da incorporação por uma sociedade empresária que não tinha lucros e, portanto, acumulava prejuízo fiscal, de uma sociedade de maior porte e que vinha tendo resultados positivos.

O referido órgão colegiado afirmou que este tipo de transação não é vedada ou impossível de ocorrer, mas, no caso posto em juízo, diversos eram os indícios que indicavam a simulação, sendo dissimulada a incorporação da incorporadora simulada pela incorporada. Para tanto, levou-se em consideração o patrimônio líquido de ambas, o prejuízo fiscal acumulado pela incorporadora simulada, os lucros acumulados da correspondente incorporada. A

²⁵³ MARINONI, 2001, p. 847.

²⁵⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

²⁵⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 72.

²⁵⁶ Ibidem, p. 72.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.a Região. **Apelação Cível nº 2004.71.10.003965-9-RS**. Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, 2.a Turma. Publicado no DJU de 06/09/2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1254430&hash=0dd6c69b36abc1239526e96f1248a34f>. Acesso em: 23 dez. 2016.

manutenção do nome da dita incorporada, bem como da sua sede e do seu Conselho de Administração, verificando ainda que antes da incorporação a incorporadora teria alienado sua sede e maquinário.

O Superior Tribunal de Justiça manteve o acórdão quanto ao reconhecimento da simulação ao julgar o Recurso Especial nº 946.707-RS²⁵⁸. A Suprema Corte reconheceu que haveria o intuito de, a partir da simulação, aproveitar os prejuízos fiscais da incorporadora aparente para a redução da Contribuição Social sobre Lucro Líquido devida pela incorporada simulada, o que não seria possível caso fosse revelado o negócio jurídico dissimulado e que expressava a real intenção das partes.

3.2.3 As modalidades de simulação no Código Civil de 2002

A simulação pode ser classificada a partir de diferentes parâmetros, a exemplo da existência ou não de um negócio jurídico dissimulado, das partes envolvidas, do objeto, da contaminação de todo o negócio jurídico ou apenas de parte deste.

Inicialmente, apresenta-se classificação da simulação, em que esta poderá ser absoluta ou relativa. O artigo 167, do Código Civil de 2002, é taxativo ao afirmar que o negócio jurídico simulado é nulo. Contudo, faz a ressalva de que “subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”²⁵⁹. Esta hipótese apenas será aplicável se existir de fato um outro negócio jurídico encoberto pelo simulado, que é o caso da simulação relativa.

A simulação absoluta é aquela em que “as partes querem que o contrato não produza seus efeitos típicos”²⁶⁰. Ou seja, não haverá a intenção de se esconder um segundo contrato, mas há intenção de fingir que aquele negócio jurídico é o que aparenta ser, mas, com relação ao qual, as partes não têm qualquer pretensão de que produza efeitos jurídicos.

Na simulação absoluta, verifica-se a existência de uma declaração de vontade que, em verdade, se destina a não produzir qualquer efeito²⁶¹. Há apenas a aparência. Neste caso, existem apenas dois elementos, o acordo simulatório e o negócio jurídico simulado²⁶².

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 946.707/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJU em: 31/08/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=906826&sReg=200700926564&sData=20090831&formato=PDF>. Acesso em: 23 dez. 2016.

²⁵⁹ BRASIL, 2002.

²⁶⁰ GOMES, O., 2016, p. 332.

²⁶¹ PEREIRA, 2006, v. 1, p.637.

²⁶² GAINO, 2012, p. 47.

No caso da simulação relativa, Caio Mário da Silva Pereira leciona que esta também pode ser denominada de dissimulação²⁶³. É relativa aquela simulação que pretende esconder um outro negócio jurídico por trás daquele que está aparente. O negócio jurídico que aparece para a comunidade é o simulado, enquanto que será dissimulado o negócio jurídico que fora escondido. Este processo é denominado por Marcos Bernardes de Mello de “extraversão”²⁶⁴.

Francisco Amaral então assevera que com a simulação relativa as partes pretendem encobertar aquele negócio que realmente querem firmar, mas por motivos diversos não querem que ele esteja visível para a sociedade. Assim, o referido autor exemplifica com o “caso de um contrato de compra e venda esconder uma doação”, e prossegue afirmando que “existem dois negócios: um aparente, o *negócio simulado*, ostensivo, que não é o verdadeiro; e outro, oculto, disfarçado, que é o realmente pretendido pelas partes, o *negócio dissimulado*”²⁶⁵.

Marcos Bernardes de Mello apresenta que, na simulação relativa, há um negócio jurídico mentiroso e que aparece para terceiros, o qual encoberta o dissimulado²⁶⁶.

A simulação relativa contemplará, então, três elementos distintos: o acordo simulatório, o negócio jurídico simulado e o negócio jurídico dissimulado²⁶⁷. Itamar Gaino ensina que, nesta hipótese, o acordo simulatório envolverá um processo mais complexo, posto que ele servirá como um conector entre o negócio simulado e o dissimulado. É o próprio acordo simulatório, seja ele verbal ou escrito, que revelará esta vontade das partes em esconderem o negócio jurídico efetivo (real) através do negócio jurídico aparente²⁶⁸.

Conforme tal compreensão, a nulidade afetará apenas a parte que esteja afetada pela simulação, posto que os demais elementos subsistirão no negócio jurídico dissimulado. Reconhecida a nulidade do negócio jurídico simulado, passa-se à análise daquele que até o momento era oculto, para que seja possível verificar a sua validade e, se válido for, passe a produzir os seus efeitos jurídicos próprios.

Não cabe tal segmentação no que tange à simulação absoluta, justamente por esta afetar o ato jurídico por completo²⁶⁹.

Francisco Amaral então exemplifica esta situação, nos seguintes termos²⁷⁰:

Se for relativa, anula-se o negócio simulado, aparente, subsistindo o dissimulado, oculto, se for lícito, e desde que preencha os requisitos de validade, de substância, isto

²⁶³ PEREIRA, 2006, v. 1, p.637.

²⁶⁴ MELLO, 2015, p. 117.

²⁶⁵ AMARAL, 2014, p. 568, grifo do autor.

²⁶⁶ MELLO, op. cit., p. 117.

²⁶⁷ GAINO, 2012, p. 47.

²⁶⁸ Ibidem, p. 48.

²⁶⁹ Ibidem, p. 73.

²⁷⁰ AMARAL, op. cit., p. 569-570.

é, não é proibido, como seria o contrato cujo objeto fosse a herança de pessoa viva (CC, art. 426), e de forma, por exemplo, no caso de doação de imóvel, se feito por escritura pública (CC, arts. 108 e 167). Se a simulação for maliciosa, qualquer interessado ou o Ministério Público poderá demandar a nulidade dos atos simulados (CC, art. 168). Mas terceiros de boa-fé que adquirirem direitos com base no negócio simulado não são prejudicados (CC, art. 167, §2º). Em face deles, o negócio simulado é tido como existente e válido, de acordo com a teoria da aparência.

É esta concepção que tem extrema importância para o estudo ora elaborado e que será adiante ratificado. Não se deve permitir confusões entre o que está escondido e a natureza da simulação em si. Caso o negócio dissimulado envolva uma fraude contra credores, por exemplo, esta constatação não inviabiliza que antes seja aferida a nulidade do negócio simulado, para que então se passa ao processo de reconhecimento e determinação dos efeitos quanto ao dissimulado. Seja no caso da simulação absoluta ou relativa, o negócio jurídico simulado é nulo e, portanto, não produz os efeitos que lhe seriam próprios entre as partes contratantes.

Ultrapassa a distinção entre simulação absoluta e relativa, que está no *caput* do dispositivo legal em análise, verifica-se que há a classificação da simulação de acordo com as hipóteses elencadas no artigo 167, §1º, do Código Civil de 2002. Haverá, assim, a simulação subjetiva ou objetiva, a simulação quanto à natureza ou conteúdo do contrato, parcial ou total e, por fim, com relação à data do negócio jurídico.

Inicialmente, ressalta-se que o entendimento de Orlando Gomes²⁷¹ e de Francisco Amaral²⁷² é no sentido de que tais categorias estão inseridas dentro da simulação relativa. Contudo, conforme lição de Itamar Gaino, reconhece-se que tal segmentação não é estanque de tal modo²⁷³.

Simulação subjetiva ocorre sempre que se “aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem”²⁷⁴. É a simulação por interposta pessoa, também chamados de “testa de ferro”, “homem de palha”, “laranja”. A pessoa aparente não é aquela que compõe e é parte do negócio jurídico real (oculto), caso ele exista.

É o caso em que, por exemplo, pessoa A quer doar o seu automóvel à pessoa B, mas não poderia fazê-lo por relação de parentesco X. Desse modo, através do acordo simulatório, estas partes acordam que A doará o seu automóvel a C, concluindo assim o negócio jurídico simulado, mas quem efetivamente ficará com o automóvel é B, através do negócio jurídico dissimulado.

²⁷¹ GOMES, O., 2016. p. 332.

²⁷² AMARAL, 2014, p. 568.

²⁷³ GAINO, 2012. p. 74.

²⁷⁴ PEREIRA, 2006, v. 1, p.637.

A indicação fictícia de interposta pessoa não se confunde com a real interposição de terceiro em um negócio jurídico, o que é lícito e tem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Isto ocorre, por exemplo, “se, porventura, o negócio for apenas entre Antônio e João, embora no sentido de o bem ser transferido posteriormente a José, a hipótese será de interposição *real*, configurando verdadeiro mandato sem representação”²⁷⁵.

Na presente pesquisa, será apresentada nos dois próximos capítulos do desenvolvimento a hipótese de interposição fictícia de pessoa na constituição de sociedades, quando o sócio de direito é o que comumente se denomina por “laranja”. O sócio aparente, portanto, não tem a intenção de sê-lo, conforme se estudará adiante.

A simulação objetiva estará relacionada à natureza, ao objeto ou a outro elemento do contrato²⁷⁶, a exemplo de condição, que são aquelas situações previstas no artigo 167, §1º, II, do Código Civil de 2002.

Itamar Gaino segmenta estes dois tipos de simulação. No que tange à simulação quanto à natureza ou conteúdo de negócio jurídico, o autor leciona que ela poderá ser absoluta ou relativa parcial. De outro modo, a simulação quanto a condição ou cláusula específica será sempre relativa parcial²⁷⁷.

Há ainda a simulação com relação à data do negócio, de acordo com a regra expressa no artigo 167, §1º, III, do Código Civil de 2002. De acordo com a lição de Itamar Gaino, este tipo se enquadrará como simulação absoluta ou relativa parcial²⁷⁸.

O referido autor apresenta ainda a classificação da simulação como total ou parcial. A total ocorrerá sempre que a simulação englobe o ato jurídico como um todo. De outro modo, a parcial se dá quando há intenção de mentir acerca de um elemento ou cláusula do negócio jurídico²⁷⁹. É o que se revelará adiante com a simulação *na* sociedade, distinta da simulação *da* sociedade.

Por fim, considerando que já foram apresentados os conceitos de simulação nocente e inocente no tópico anterior, bem como que esta classificação apenas tinha importância na vigência do Código Civil de 1916, apenas vale reiterar que a diferenciação entre simulação nocente ou inocente não é mais relevante para o sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, em ambas as situações o negócio jurídico simulado será nulo. Quanto ao dissimulado, conforme exposto, deverá ser procedida a análise da sua validade e, caso haja

²⁷⁵ AMARAL, 2014, p. 568, grifo do autor.

²⁷⁶ GOMES, O., 2016, p. 332.

²⁷⁷ GAINO, 2012, p. 78-79.

²⁷⁸ Ibidem, p. 81.

²⁷⁹ Ibidem, p. 72.

ilicitude também na real intenção das partes, será impossível que ocorra a extravessão, pois o dissimulado é ilícito e não poderá subsistir²⁸⁰.

3.2.4 A proteção conferida ao terceiro de boa-fé

Por fim, cumpre nesta pesquisa apresentar quais os efeitos decorrentes da configuração da simulação em face dos terceiros de boa-fé que eventualmente tenham estabelecido qualquer tipo de relação jurídica com aquele negócio jurídico simulado. As partes são aquelas que compõem o acordo simulatório, enquanto que terceiro será qualquer pessoa que não seja parte deste negócio simulado²⁸¹.

Resguardam-se os direitos dos terceiros de boa-fé, que não serão prejudicados pela simulação, conforme lhes confere proteção o artigo 167, §2º, da Lei Civil vigente²⁸². Com relação a eles, o negócio jurídico simulado será aparentemente considerado existente e válido, produzindo os efeitos específicos em relação a este terceiro.

De forma a elucidar a matéria da proteção quanto ao terceiro de boa-fé, é interessante apresentar a situação exemplificativa que Itamar Gaino apresenta²⁸³:

Se, entretanto, a infidelidade da interposta pessoa for no sentido de alienar o bem a terceiro de boa-fé, ficará complicada a situação para o simulador ou seu herdeiro, pois não poderá opor a simulação perante esse terceiro, segundo o art. 167, §2º, do Código Civil. Em razão dessa inoponibilidade da simulação ao terceiro de boa-fé, o primeiro negócio, que, segundo o acordo simulatório, deveria servir apenas de ponte para o negócio verdadeiro, subsiste no mundo jurídico, para dar lastro ao negócio firmado com terceiro. E isso ocorre não porque o testa de ferro tenha a faculdade de dispor, mas porque a lei, por consagrar o princípio da boa-fé objetiva, protege o interesse do terceiro.

A possibilidade de se conferir esta proteção está estritamente relacionada com a teoria da aparência, que tem fundamento no princípio que protege a boa-fé. Orlando Gomes destaca que o ordenamento jurídico deve conferir eficácia a determinadas situações aparentes, pois suscitam uma crença de serem verdadeiras²⁸⁴.

É importante tal compreensão principalmente levando-se em conta que este estudo busca analisar a simulação no direito empresarial, com foco na constituição de pessoas

²⁸⁰ MELLO, 2015, p. 119.

²⁸¹ ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 285.

²⁸² “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. [...] § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”. Cf. BRASIL, 2002.

²⁸³ GAINO, 2012, p. 76.

²⁸⁴ GOMES, Orlando. **Transformações gerais dos direitos das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 114-115.

jurídicas, cuja existência é continuada e esta poderá vir a firmar relações com diversas outras pessoas.

Orlando Gomes destaca que a teoria da aparência deve ser suscitada quando terceiros contratem com sociedades nulas, seja qual for o motivo desta sua situação. Ademais, no caso específico da simulação, o autor já mencionava que independentemente de se tratar de simulação absoluta ou relativa, parcial ou total, “os terceiros podem tomar a sociedade como existente e sua boa-fé deve ser protegida”²⁸⁵.

Francisco Amaral, em consonância com esta linha de pensamento, ratifica que a proteção conferida ao terceiro de boa-fé que tenham adquirido direitos em face do negócio simulado é decorrente da teoria da aparência²⁸⁶.

Luiz Carlos de Andrade Júnior também coaduna com esta corrente. Conclui, assim, que “a tutela dos direitos de terceiros de boa-fé somente pode autorizar a excepcional eficácia da aparência enganadora perpetrada pelos simuladores quando isto venha a poupá-los de um dano injusto”²⁸⁷.

Ademais, o referido autor apresenta esclarecimentos sobre eventuais conflitos entre terceiros de boa-fé. Constata que o Código Civil brasileiro optou pela resposta mais simples possível, de modo que havendo interesses de terceiros de boa-fé em sentidos opostos, em que um pleiteia pela nulidade do negócio jurídico e o outro pela sua eficácia, sempre prevalecerá o pedido de reconhecimento da nulidade absoluta do negócio jurídico²⁸⁸.

Esta afirmação demanda maiores esclarecimentos. É certo e incontroverso que o negócio simulado é nulo, o que ocorre de pleno direito, de modo que o juiz não poderá suprimir esta nulidade absoluta do negócio jurídico. O que o Código Civil brasileiro propõe é a manutenção da sua aparência para que sejam preservados os direitos dos terceiros de boa-fé, privilegiando assim os princípios que regem a ordem legal de Direito Privado.

O conflito destacado pelo autor acima se daria quando sequer esta aparência pudesse sobrevir, mesmo que para privilegiar os direitos dos terceiros de boa-fé que tenham com as partes da simulação firmado qualquer negócio jurídico.

Neste caso, Luiz Carlos de Andrade Júnior ressalva que o terceiro de boa-fé que não logrou êxito no recurso à teoria da aparência para manutenção do negócio simulado e preservação dos seus direitos não estaria desamparado. Isto porque ele poderá pleitear perante

²⁸⁵ GOMES, O., 1980, p. 126.

²⁸⁶ AMARAL, 2014, p. 570.

²⁸⁷ ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 294.

²⁸⁸ Ibidem, p. 296.

os simuladores a indenização pelos danos que tenha sofrido, pois há responsabilidade civil extracontratual²⁸⁹.

3.3 OS CONCEITOS DE INSTITUTOS JURÍDICOS PRÓXIMOS À SIMULAÇÃO

A exata delimitação dos contornos da simulação depende também da verificação dos limites dos institutos que normalmente são confundidos com ela, para que assim seja possível ter mais segurança dos momentos e situações que ensejam a sua aplicação. Desse modo, é importante para esta pesquisa que sejam apresentados a fraude contra credores, a reserva mental, o negócio fiduciário e o abuso de direito.

A partir da compreensão de todos os institutos indicados, será possível firmar o âmbito de aplicação dos efeitos da simulação, o que leva a maior segurança jurídica. Conseqüentemente, e como é objetivo desta pesquisa, esta segurança jurídica beneficia aqueles que pretendem exercer a sua autonomia privada, sem os riscos de ver anulado o negócio jurídico que celebrou por ter sido considerado simulado.

Neste estudo, foram eleitos estes quatro institutos pela sua importância para os próximos tópicos. A fraude contra credores pela necessidade de serem analisados atos de disposição no tópico sobre o planejamento patrimonial, o abuso de direito pela relação com a desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, é importante reconhecer que a nulidade é consequência grave e, caso não haja simulação, como no caso da reserva mental ou do negócio fiduciário, que podem estar presentes em diversas situações, não haverá então que se falar de negócio simulado.

3.3.1 A fraude contra credores

A fraude contra credores é um dos defeitos do negócio jurídico considerado como vício social²⁹⁰. Isto porque se trata de uma desconformidade entre a vontade declarada e o próprio ordenamento jurídico²⁹¹.

O negócio jurídico viciado pela fraude contra credores é aquele que será prejudicial ao credor, por instaurar no correlato devedor o estado de insolvência. Assim, a garantia de que o

²⁸⁹ ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 298.

²⁹⁰ PEREIRA, 2006, v. 1, p. 536.

²⁹¹ AMARAL, 2014, p. 547.

negócio viria a ser adimplido é extinta, o que geraria enorme insegurança jurídica nas relações bilaterais onerosas.

Marcos Bernardes de Mello ressalta que os elementos essenciais à caracterização da fraude contra credores são a prática de qualquer ato de disposição, de crédito ou direito, que configure real redução do patrimônio ativo do devedor com, conseqüentemente, o seu estado de insolvência desde este ato de disposição, a prévia existência de credores e o prejuízo destes. Destaca que não serão essenciais para a configuração da fraude contra credores o intuito de fraudar, a ciência do contratante, a natureza do crédito e o fato de ter sido onerosa ou gratuita a disposição²⁹².

Orlando Gomes destaca que se trata de figura distinta da simulação, conforme será exposto adiante, pois, para que se configure a fraude contra credores, é necessário que haja uma intenção de causar prejuízo a terceiros pessoas, que são os próprios credores do devedor fraudador²⁹³.

O instituto da fraude contra credores é instituto de direito material, conforme ensinava Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, e não de direito processual. Assim, o referido instituto seria da matéria de Direito Privado, seja civil ou comercial²⁹⁴.

As regras acerca da fraude contra credores estão dispostas nos artigos 158 a 165 do Código Civil de 2002. A configuração deste instituto jurídico exige a presença de dois elementos. O primeiro é o objetivo, em que se verifica o ato prejudicial ao credor através da constatação do estado de insolvência do devedor, que é quando o seu patrimônio passivo é igual ou maior que o ativo. O segundo é o subjetivo, que se revela pela má-fé do devedor, a sua consciência de que aquele determinado negócio jurídico irá instaurar ou manter o seu estado de insolvência²⁹⁵. Nos casos de transmissão gratuita, exige-se apenas o elemento objetivo.

Dentre os sete dispositivos legais que atualmente regulamentam o vício da fraude contra credores, estão estipuladas as cinco hipóteses legais em que se poderá configurá-la.

As duas primeiras estão dispostas no artigo 158, da Lei Civil de 2002²⁹⁶. São os atos de transmissão gratuita e os atos de remissão de dívidas. Francisco Amaral exemplifica os primeiros como a doação ou até mesmo a renúncia de direitos patrimoniais, enquanto que a

²⁹² MELLO, 2015, p. 164.

²⁹³ GOMES, O., 2016, p. 333.

²⁹⁴ MIRANDA, 2000, v. 4, p. 486.

²⁹⁵ AMARAL, 2014, p. 548.

²⁹⁶ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. § 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.” Cf. BRASIL, 2002.

segunda hipótese se daria através da devolução de títulos ou perdão de dívidas. Destaca o referido autor que a recusa a doação não configura remissão de dívida, posto que não houve redução do patrimônio do devedor²⁹⁷.

Em seguida, a terceira hipótese é a de serem firmados contratos onerosos, conforme dispõe o artigo 159, do mesmo diploma legal, em que se ressalva que apenas serão anuláveis aqueles em que a insolvência do devedor era notável ou deveria ser conhecida pelo contratante. Ademais, o subsequente dispositivo legal destaca que o adquirente dos bens poderá, depositando em juízo valor próximo ao que seria o valor corrente, desobrigar-se e permanecer com os referidos.

A quarta hipótese é a da antecipação do pagamento de dívidas ainda não vencidas aos credores quirografários, ou seja, sem privilégios²⁹⁸. Nestes casos, conforme dispõe o artigo 162, do Código Civil, o credor fica obrigado a restituir o valor recebido, caso venha a se instaurar o concurso de credores para satisfação das dívidas.

Por fim, a quinta e última hipótese é aquela da concessão de garantias preferenciais. O artigo 163, do mesmo diploma legal, prescreve expressamente a presunção de fraude nestes casos: “presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”.

A presunção de fraude estipulada no supramencionado dispositivo legal é *iuris tantum*, de modo que poderá ser comprovado o contrário, para que não seja anulado o ato de disposição patrimonial²⁹⁹.

Em posição oposta, há a presunção de boa-fé do credor no subsequente artigo 164, que seriam aqueles atos de disposição necessários à manutenção da atividade empreendida, do sustento familiar ou à subsistência do próprio devedor. No que tange à primeira hipótese, entende-se que está em consonância com o princípio da preservação da empresa. Deve-se ressaltar que esta também é uma hipótese de presunção relativa³⁰⁰.

Marcos Bernardes de Mello esquematiza três possíveis sanções pela configuração de fraude contra credores em nosso ordenamento jurídico. As relações jurídicas civis seriam regidas pelas normas dispostas no Código Civil, enquanto que aqueles referentes ao empresário em recuperação judicial ou em falência estariam na Lei de Recuperação de Empresas, nº 11.101, de 2005³⁰¹.

²⁹⁷ AMARAL, 2014, p. 548-549.

²⁹⁸ Ibidem, p. 549.

²⁹⁹ MELLO, 2015, p. 167.

³⁰⁰ Ibidem, p. 167.

³⁰¹ Ibidem, p. 168.

O Código Civil de 2002, ao prever que a fraude contra credores é causa de anulabilidade do negócio jurídico, em verdade está limitando o poder de disposição do devedor sobre os seus bens³⁰². Esta limitação se dá em prol da preservação do direito dos diversos credores, de modo que se promove uma proteção do ordenamento jurídico em si, posto que englobe um universo de relações jurídicas.

Os negócios jurídicos celebrados em fraude contra credores poderão ser anulados contado o prazo decadencial de quatro anos, a partir da celebração do referido negócio. É a prescrição do artigo 178, II, da Lei Civil vigente.

De acordo com o Código Civil de 2002, a ação de anulação poderá ser proposta por qualquer credor que já estava nesta condição à época do ato de disposição de direitos ou créditos, bem como os seus sucessores, seja a título universal ou singular³⁰³. Os sujeitos passivos da referida ação anulatória serão “o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé”, conforme dispõe o artigo 161, da Lei Civil pátria.

Por outro lado, o empresário devedor que passe a dispor de patrimônio de modo a provocar a sua insolvência deverá observar as regras da referida Lei nº 11.101, de 2005, que abarca duas sanções distintas a estes atos: a ineficácia relativa e a revogabilidade. A primeira hipótese está prevista nos incisos do seu artigo 129³⁰⁴ e é causa de ineficácia relativa, posto que abarca apenas aqueles créditos habilitados na falência e serão atos ineficazes em relação à massa falida. A segunda situação está posta no subsequente artigo 130, e torna revogáveis todos os demais atos em que se comprove terem sido “praticados com a intenção de prejudicar credores,

³⁰² AMARAL, 2014, p. 547-548.

³⁰³ MELLO, 2015, p. 170-171.

³⁰⁴ “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência; V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência; VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior. Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.” Cf. BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 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: 23 dez. 2016.

provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”.

No caso da ação declaratória de ineficácia relativa, a legitimidade ativa será de qualquer credor da massa falida, enquanto que a ação revocatória apenas poderá ser proposta pelo administrador judicial, pelos credores habilitados na falência ou ainda pelo Ministério Público³⁰⁵.

Ultrapassadas as explanações sobre o conceito e a conformação do referido vício, passa-se à sua comparação com a simulação. Orlando Gomes já destacava que “a fraude é uma figura distinta da simulação, embora possa ter *causa simulandi*”³⁰⁶. A simulação e a fraude contra credores, portanto, são institutos que comportam uma discrepância na vontade declarada, mas cujas respectivas sanções são diferentes.

A simulação deve ter prévio acordo simulatório e seu objetivo é principalmente o de fingir uma determinada situação, seja para esconder algo ou não. Por outro lado, a fraude contra credores é praticada com o intuito de não serem satisfeitos determinados créditos, frustrando as expectativas dos credores já existentes, sem que finja uma situação ou esconda outro negócio jurídico.

Na fraude contra credores, o negócio jurídico realizado é o verdadeiro, cuja consequência será a sua anulabilidade. No caso da simulação, o negócio é fictício e a sua sanção é a nulidade. Ainda que este venha a prejudicar terceiros, distingue-se da fraude contra credores pelos aspectos delineados³⁰⁷.

3.3.2 A reserva mental

A reserva mental é aquela intenção verdadeira que a parte mantém em seu interior, divergente da que fora manifestamente declarada. Conforme ressalta Orlando Gomes, o conhecimento da vontade oculta por terceiro não desnatura a reserva mental³⁰⁸. É reserva mental, portanto, a vontade intencionalmente escondida pelo sujeito³⁰⁹.

³⁰⁵ MELLO, 2015, p. 171-172.

³⁰⁶ GOMES, O., 2016, p. 333.

³⁰⁷ GAINO, 2012, p. 61.

³⁰⁸ GOMES, O., op. cit., p. 332-333.

³⁰⁹ CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de. A arbitragem nos contratos de adesão: da legalidade à sua inaplicabilidade. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17. 2008. Salvador. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 4633. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_motta_vaz_de_carvalho-2.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

O agente que oculta a sua vontade na formação de um negócio jurídico não visa os efeitos daquela declarada, mas sim aqueles que possam vir a resultar da sua reserva. O direito, entretanto, não valora a reserva mental, seja pela dificuldade de se aferir a vontade oculta do sujeito ou ainda pela impossibilidade de as partes se beneficiarem da sua própria impostura³¹⁰, de modo que será indiferente para a formação e produção de efeitos dos atos jurídicos.

No Brasil, a reserva mental não existia à época do Código Civil de 1916. A sua posterior inserção de forma expressa na vigente Lei Civil ratifica que o ordenamento jurídico brasileiro considera a reserva mental como instituto jurídico diferente da simulação³¹¹.

O artigo 110 do Código Civil de 2002 determina que a reserva mental não interfere na manifestação de vontade, excetuando-se a situação em que o contratante dela tinha conhecimento. Portanto, há reserva mental sempre que haja vontade oculta e divergente daquela declarada. O ordenamento jurídico, portanto, tampouco valora esta dissonância de intenções, a priori e sem o conhecimento da outra parte³¹².

Contudo, caso a outra parte conheça desta discordância entre vontade oculta e vontade declarada, haverá outros efeitos conforme as especificidades do caso. O conhecimento e concordância da outra parte com a reserva mental, levando-a a ser bilateral, acarreta na simulação do negócio jurídico³¹³.

Situação diversa é quando a reserva mental é conhecida pela outra parte, mas não se concretiza um acordo entre elas sobre esta ocultação, de modo que a reserva mental continua existindo apenas unilateralmente. Vicente Ráo indica que o conhecimento pela outra parte levaria à nulidade da declaração³¹⁴. Luiz Carlos de Andrade Júnior constata que nestas situações o ato jurídico seria inexistente, por considerar que não houve um acordo de vontade³¹⁵.

Itamar Gaino assim afirma que “na reserva mental, a pessoa que emite a declaração, guardando em seu íntimo o desejo de não cumprir o declarado ou prometido, não pode furtar-se de responsabilidade, a menos que a outra parte de tudo tenha conhecimento”. E conclui afirmando que “se a outra parte não conhece a reserva, o ato subsiste; se conhece, o que há verdadeiramente é simulação”³¹⁶.

Diante deste cenário, é possível concluir que o sistema jurídico brasileiro atualmente confere tratamentos distintos à reserva mental e à simulação, sendo que o primeiro instituto

³¹⁰ RÁO, 1997, p. 185.

³¹¹ ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 146.

³¹² GAINO, 2012, p. 58.

³¹³ GOMES, O., 2016, p. 333.

³¹⁴ RÁO, op. cit., p. 185.

³¹⁵ ANDRADE JÚNIOR, op. cit., p. 144.

³¹⁶ GAINO, op. cit., p. 59.

indicado não afeta na existência ou validade do negócio jurídico caso não seja conhecida pela outra parte. Já a simulação leva à nulidade do negócio jurídico.

Os institutos do Direito Privado se aproximam, conforme ressaltado, na medida em que haveria reserva mental conhecida pelas duas partes, que acordam em ocultar a real intenção de ambas, escondendo algo de terceiros. Nesta situação em específico, haverá simulação.

3.3.3 O negócio fiduciário

O negócio fiduciário é figura distinta da simulação, mas, por vezes, podem ser confundidos, de modo que a sua apresentação é essencial para a pesquisa.

O negócio jurídico fiduciário surge através da compreensão de que os sistemas jurídicos atuais não são completos e por isso haveria uma insuficiência dos esquemas, dos institutos jurídicos³¹⁷. A solução para este impasse, conforme elucida Otto de Sousa Lima, se daria através dos negócios fiduciários, que serviriam para “atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da atividade comercial”³¹⁸.

Há consonância doutrinária no sentido de que o negócio fiduciário é realmente querido pelas partes, bem como todos os efeitos que dele decorrem, mas é celebrado com o principal intuito de que sejam atingidos fins diversos do seu típico, como lecionam Vicente Ráo³¹⁹, Orlando Gomes³²⁰ e Francisco Ferrara³²¹.

Conclui-se que se não há no sistema jurídico um único tipo de negócio jurídico que possibilite o atingimento da finalidade pretendida pelas partes, dever-se-á recorrer aos institutos então disponíveis. Francisco Ferrara elucida que se deverá “usar conjuntamente várias formas jurídicas, muitas vezes contraditórias, combinadas e entrelaçadas de maneira tal que por intermédio delas se possa chegar a resultados novos”³²².

O negócio jurídico fiduciário é, então, resultado de um complexo de negócios, que estão conectados por uma única causa e têm relação de contemporaneidade³²³. O efeito legal do negócio jurídico eleito no sistema legal, por isso, excede ao necessário, posto que não há figura que atenda especificamente aos fins pretendidos³²⁴. Sempre estará presente o elemento da

³¹⁷ LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 223.

³¹⁸ Ibidem, p. 224.

³¹⁹ RÁO, 1997, p. 188.

³²⁰ GOMES, O., 2016, p. 274.

³²¹ FERRARA, Francisco. **A simulação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 76.

³²² Ibidem, p. 77.

³²³ GOMES, O., op. cit., p. 277.

³²⁴ LIMA, op. cit., p. 229.

fidúcia, da confiança estabelecida entre as partes e é que as permite enfrentar os riscos inerentes ao negócio, que serão adiante apresentados.

Os exemplos recorrentemente apresentados são “a transmissão de propriedade para fins de garantia, a cessão de crédito tendo em vista o mandato, o endosso total para fins de recebimento”³²⁵.

A estrutura básica de negócio fiduciário pode ser então composta por um ato de natureza real, de transmissão, de outorga, seja de um direito ou bem, e por um ato de natureza obrigacional, que congrega essa característica fiduciária do negócio. São estes dois atos jurídicos que, basicamente, compõem o negócio jurídico fiduciário, sendo eles diferentes e colocados em oposição recíproca, mas alinhados a um mesmo fim estabelecido pelas partes³²⁶.

As principais características do negócio fiduciário são que ele é realmente querido pelas partes, a incongruência entre o fim visado e o meio empregado, a heterogeneidade entre os negócios que o compõem³²⁷ e, por fim, a necessidade de devolução do quanto fora transferido após a conclusão do fim almejado³²⁸.

É neste aspecto que reside o risco do negócio fiduciário, conforme se passa a esclarecer. O negócio, em todo o seu complexo e da forma como fora firmado, é realmente querido pelas partes e todos os seus efeitos serão concretamente realizados, de modo que há de fato a transferência de um bem, por exemplo, pois as partes querem isso, ainda que ao fim tenha que ser devolvido. O risco é que o fiduciário poderá abusar deste seu poder e não devolver o bem por tê-lo transferido³²⁹. No caso de estar configurado o abuso de poder do fiduciário, este terá o dever de indenizar a outra parte³³⁰.

Além dos riscos assumidos com o negócio jurídico fiduciário, tendo em vista que o sistema legal é lacunoso e não oferece a categoria específica querida pelas partes, entende-se ainda que haveria uma maior carga tributária nestas transações. Isto porque algumas das relações jurídicas estabelecidas para que sejam concluídos os negócios reais e obrigacionais assumidos podem ser fatos geradores de tributos.

O negócio fiduciário não é sinônimo de negócio simulado, pois não há qualquer conflito entre a vontade declarada e aquela que está no conteúdo do ato jurídico³³¹. A declaração de

³²⁵ FERRARA, 1939, p. 76.

³²⁶ GOMES, O., 2016, p. 276-277.

³²⁷ LIMA, 1959, p. 228.

³²⁸ Ibidem, p. 243.

³²⁹ Ibidem, p. 226-227.

³³⁰ FERRARA, op. cit., p. 76.

³³¹ RÁO, 1997, p. 190.

vontade está em consonância com a real intenção das partes, que nada pretendem esconder e, por isso, não está configurada a simulação.

O negócio jurídico fiduciário, conforme tem sido ressaltado, é querido pelas partes que de fato praticam todos os atos referentes ao ato jurídico público e que está acessível a terceiros. Os efeitos jurídicos são admitidos pelas partes, que pretendem apenas atingir outros que transcendem aqueles tradicionalmente imputados a um determinado negócio jurídico pela conformação de uma complexidade de negócios através da confiança. Não há, portanto, o que se considerar nulo.

3.3.4 O abuso de direito

Os efeitos decorrentes do abuso de direito, bem como pela proposta de se delimitar a distinção entre tais situações acima descritas e abarcadas pela Lei Civil pátria e a simulação, justificam o estudo mais aprofundado sobre o abuso de direito. Ademais, o artigo 50 do referido diploma legal faz menção expressa ao abuso da personalidade jurídica, como hipótese para a desconsideração da personalidade jurídica do empresário, situações estas que passam a ser exploradas neste tópico e no capítulo seguinte.

O abuso de direito está atualmente posto no Código Civil de 2002, em seu artigo 187, inserido no regramento dos atos ilícitos, e preceitua que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes**”³³². O abuso de direito pode ser conceituado como o “inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem”³³³.

A teoria acerca do abuso de direito está historicamente atrelada à concepção relativista dos direitos³³⁴. Esta evolução quanto às possíveis formas do exercício do direito surge no momento em que se enfraquece o individualismo, o que viabiliza a limitação da forma de uso do próprio direito subjetivo, ao se compreender que o convívio em sociedade pressupõe limites no agir de cada indivíduo.

³³² BRASIL, 2002, grifo nosso.

³³³ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969, p. 16.

³³⁴ GOMES, O., 2016, p. 100.

Esta teoria teve em sua origem algumas correntes doutrinárias que, apesar de adotarem conceitos semelhantes, traziam requisitos específicos e divergentes para a constatação do abuso de direito. São as correntes subjetiva e objetiva.

A corrente subjetiva subdivide-se em intencional, quando é pressuposto o ânimo de causar prejuízo, e técnica, ao se exigir que haja exercício culposo pelo titular do direito. Em ambos os casos, exige-se para a constatação do abuso de direito a intenção de causar dano. Já a corrente objetiva engloba o abuso de direito econômico, quando não houver legítimo interesse por aquele que o exerce, ou teleológico, se não houver exercício do direito conforme a sua original destinação econômica ou social³³⁵.

O Código Civil de 2002 não comporta na hipótese do abuso de direito a necessária constatação da íntima intenção de causar dano a outrem, pelo que se conclui que foi adotada a teoria objetiva. Neste sentido, é suficiente para a sua configuração a “circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes”³³⁶.

Na obra de Orlando Gomes, verifica-se que o seu conceito estaria muito mais atrelado a uma construção teórica, tendo em vista que a legislação não admitiu tal tarefa, definindo-o como um “conceito amortecedor” dos choques ocorridos entre a lei e a realidade. Neste sentido, o referido doutrinador esclarecia que abuso de direito é uma “fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social”³³⁷.

É possível então constatar que o abuso de direito interessa ao Direito, de modo a regulá-lo, pois os direitos subjetivos de cada indivíduo não poderiam ser exercidos livremente, sem freios, levando-se em consideração o meio social em que esteja inserido. Por isso, constata-se que tais limites irão variar de acordo com o ambiente em que esteja o agente e titular de determinado direito, pois quanto mais distante do meio social, em tese, maior seria a amplitude do raio de atuação do seu direito.

O caso clássico e que é recorrentemente citado pela doutrina é denominado por “Caso Bayard”. Neste exemplo, é possível que se vislumbre melhor a explanação ora exposta acerca dos limites, pois envolve o exercício do direito de propriedade pelo seu titular. Houve abuso de direito no momento em que o proprietário de terreno vizinho a uma área de pouso de dirigíveis

³³⁵ GOMES, O., 2016, p. 101.

³³⁶ PEREIRA, 2004, v. 1, p. 675.

³³⁷ GOMES, O., op. cit., p. 101-102.

construiu altas torres, sem qualquer interesse atrelado a elas, causando, por outro lado, risco à referidas aeronaves³³⁸.

Esta imagem faz com que se reflita sobre a necessidade de existirem demarcações ao exercício de direitos subjetivos, principalmente levando-se em consideração os requisitos acima expostos da teoria objetiva, posto que o direito de propriedade em si, no caso exemplificativo, não engloba esta função.

Contudo, é preciso que haja atenção e a devida análise para que se classifique um determinado ato como abuso de direito, pois, há o risco de se restringir de forma absurda o exercício de direitos subjetivos conforme a vontade do seu agente.

Até mesmo porque, conforme leciona Caio Mário Pereira da Silva, há situações que eventualmente causam danos a outrem, mas por serem atos intrínsecos ao exercício do direito em si, como é o caso do protesto de uma dívida vencida. Em tais casos, o ato executado está dentro do raio do exercício normal e regular do direito subjetivo. Em face destes riscos que a teoria referida pode acarretar, Orlando Gomes faz a seguinte ressalva:

A extensão dada à teoria do abuso de direito tem determinado exageros contra os quais se levanta a voz sensata de eminentes juristas. A sedução que a teoria exerce sobre os espíritos, por seu teor moralizante, está conduzindo a extremos condenáveis. Válida, assim, a advertência de o jurista deve precatar-se contra “*as generalizações puramente sentimentais*”, porque “*sob o pretexto da humanização do Direito, não se deve cair no domínio da caridade*”(De Page)³³⁹.

O cuidado com tais riscos advém das consequências que a configuração do abuso de direito pode acarretar. É comumente admitido que o abuso de direito acarreta na indenização por perdas e danos. Antes da promulgação do Código Civil de 2002, Orlando Gomes ressaltava que o abuso de direito seria equiparado ao ato ilícito em seus efeitos³⁴⁰. Ocorre que, conforme já atualizado em sua obra, no Código Civil de 2002, o abuso de direito passa a ser categoria do ato ilícito³⁴¹.

Deve-se apresentar ainda, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, que além da hipótese do artigo 187, da Lei Civil de 2002, há outros dispositivos legais espalhados no ordenamento jurídico pátrio que também preveem o abuso de direito³⁴². Menciona o referido

³³⁸ GOMES, O., 2016, p. 102-103.

³³⁹ Ibidem, p. 103, grifo do autor.

³⁴⁰ Ibidem, p. 103.

³⁴¹ Ibidem, p. 102.

³⁴² PEREIRA, 2004, v.1, p. 674.

autor o antigo artigo 20³⁴³, da Lei de Falências de 1945, e o artigo 17³⁴⁴, do Código de Processo Civil de 1973. Acresce-se a estas situações a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50, do Código Civil de 2002, que adiante será melhor apresentada.

Apesar disto, a sanção da reparação por perdas e danos muitas vezes não se revela como a mais eficaz ao caso concreto em específico. Orlando Gomes leciona, então, que pode haver situações em que a sanção *in natura* seja mais apropriada, a exemplo da própria destruição de edificação construída e que se revelou excessiva, ou mesmo o reconhecimento da nulidade do ato³⁴⁵.

Em comparação com o abuso de direito, cumpre que sejam apresentados os requisitos do ato ilícito e algumas considerações sobre este. O artigo 186, do Código Civil de 2002, define que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”³⁴⁶.

Ao se interpretar esta regra em comparação com aquela disposta no subsequente artigo 187, é possível compreender que o ato ilícito do artigo 186 não engloba o do 187, mas ambos são hipóteses distintas que constituem o conceito geral do ato ilícito no ordenamento jurídico brasileiro. Esta conclusão é ratificada com a inclusão do termo “também” no início da prescrição do artigo 187, do Código Civil.

O ato ilícito do *caput* do referido dispositivo legal, artigo 186, será então toda ação ou omissão, por culpa do agente, que infrinja norma de Direito Privado e obrigatoriamente cause dano a outrem. É a partir deste dano que advém a responsabilidade civil, como sanção pelo ato ilícito civil³⁴⁷.

Verifica-se, então, que as sanções do abuso de direito serão, em regra, aquelas do ato ilícito, mas cabe a análise do caso concreto para defini-las, de forma que se tenha maior efetividade com a resposta dada às partes. Por fim, constata-se que a configuração do abuso de

³⁴³ “Art. 20. Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.” Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 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: 23 dez. 2016.

³⁴⁴ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” Cf. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

³⁴⁵ GOMES, O., 2016, p. 103.

³⁴⁶ BRASIL, 2002.

³⁴⁷ GOMES, O., op. cit., p. 376-377.

direito tem seus requisitos próprios, os quais foram definidos pela doutrina, e é distinto daqueles previstos no artigo 186 da Lei Civil pátria, por ser outra hipótese de ato ilícito.

Com relação à presente pesquisa, em que serão analisadas determinadas situações em que a liberdade negocial do empresário, bem como a sua autonomia privada para gerir os seus negócios e patrimônio, estará limitada por estes atos ilícitos, principalmente pelo risco de se configurar uma simulação. No que tange ao abuso de direito, menciona-se o exemplo apresentado por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede³⁴⁸, nos seguintes termos:

Quando a companhia é constituída para albergar uma *holding*, torna-se indispensável colocar cláusulas no estatuto social que mitiguem o risco de desfazer o controle familiar sobre as participações societárias. Não se pode, pura e simplesmente, proibir a cessão das ações ou a necessidade de aprovação dessa cessão pela maioria (simples, absoluta ou qualificada) dos demais acionistas, se são mantidas as restrições legais ao direito de recesso. Criar-se-ia uma hipótese de abuso de direito, que o artigo 187 do Código Civil considera um ato ilícito.

Em tal situação, revela-se que a constituição de pessoas jurídicas, seja com o fim de realizar um planejamento societário ou não, deve observar as regras postas no ordenamento jurídico pátrio, ou estar-se-á correndo o risco de serem tidos como nulos ou anuláveis determinados atos. No caso em específico, não há qualquer simulação, mas é possível que se anule tal dispositivo do estatuto social por configurar abuso de direito.

No ensejo, importa que se destaquem os pontos de aproximação, bem como as distinções, entre abuso de direito e simulação. A semelhança está no fato de que o Código Civil de 2002 não exige mais para nenhuma destas duas espécies de ato ilícito, abuso de direito e simulação, a intenção de se prejudicar terceiro. A investigação desta intenção não deve ocorrer, posto que basta serem configurados os demais requisitos para a sua configuração e, então, aplicação da sanção respectiva. A principal diferença entre o ato simulado e o ato que excede os limites do direito subjetivo está nos efeitos jurídicos que deles decorrem. O negócio jurídico simulado será nulo, enquanto que os efeitos do abuso de direito são aqueles já destacados, sendo o principal o dever de indenizar.

O que se deve ressaltar mais uma vez é que o negócio dissimulado pode ser um ato em que houve abuso de direito e esta qualificação não desnatura a simulação em si. O que deve ocorrer é, perante o negócio simulado, aplicar-se o efeito específico da simulação, que é a sua invalidade e, vindo a revelar-se o dissimulado, este deverá produzir os efeitos que lhe são próprios, seja ele lícito ou ilícito. Esta ideia deve ser ratificada com relação a todas as figuras que se assemelham com a simulação, pois esta por si só não exclui a existência das demais.

³⁴⁸ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93-94.

A qualidade do negócio simulado deve ser analisada e reconhecida, mas não deve causar qualquer confusão para que se venha a afastar a configuração da simulação. Isto poderá ocorrer nos casos de simulação relativa e é de suma importância para esta pesquisa que tal compreensão esteja clara e evidenciada.

No que tange à desconsideração da personalidade jurídica, restou demonstrado que o abuso de direito pode ser uma das causas que venham a acarretá-la. Contudo, entende-se que a simulação também poderá ser causa desta desconsideração temporária da personalidade jurídica, o que será exposto no próximo capítulo. As figuras continuam sendo distintas, mas, a partir da análise do caso, podem levar a uma mesma consequência jurídica.

4 A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

O terceiro capítulo desta pesquisa pretende inicialmente demonstrar a importância da personalidade jurídica conferida ao empresário pessoa jurídica do tipo sociedade como forma de separação patrimonial e de conferir maior autonomia à pessoa jurídica.

Em seguida, apresenta-se de que forma a pessoa jurídica, enquanto sociedade, pode estar impregnada pelo ilícito da simulação. Demonstra-se, assim, que a simulação pode ser *da* sociedade ou *na* sociedade.

Na sequência, em análise à atual crise que a pessoa jurídica empresária estaria passando, passa-se ao estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com enfoque nos seus pressupostos legais e de que forma ela poderia estar atrelada com a referida crise.

A importância deste tópico está na proposta de uma análise comparativa entre as situações que ensejam a aplicação dos efeitos da simulação ou da desconsideração da personalidade, seja separadamente ou em conjunto.

4.1 A SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENQUANTO PESSOA JURÍDICA

O exercício da atividade empresarial pode se dar pela constituição de uma pessoa jurídica ou pelo próprio empresário individual. É mais usual a criação de uma sociedade, que será uma nova pessoa, com personalidade jurídica própria e patrimônio próprio, pois assim se poderá viabilizar a limitação da responsabilidade daqueles que contribuíram para a formação do seu capital, a depender do tipo societário eleito.

Este privilégio é uma das principais características atrativas aos empreendedores quando optam pela atuação no ramo empresarial por meio das sociedades. O presente tópico passa a analisar as pessoas jurídicas, esta personalidade jurídica própria conferida às sociedades empresárias e qual a compreensão que se adota acerca destes entes morais, de modo a contribuir com os objetivos do estudo.

4.1.1 Conceito e natureza jurídica do instituto pessoa jurídica

A personalidade jurídica é a aptidão conferida às pessoas para adquirirem direitos e contraírem obrigações³⁴⁹, um atributo que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio. Este conceito engloba tanto as pessoas naturais, quanto as pessoas jurídicas.

No caso das pessoas jurídicas, Wilges Ariana Bruscato destaca como característica comum a existência do patrimônio próprio, tenham elas intuito lucrativo ou não. Aduz a autora que, para “atuar no mundo jurídico e real, é preciso que ela se torne sujeito de direito, que lhe seja atribuída personalidade jurídica”³⁵⁰.

A personalidade conferida às pessoas jurídicas é objeto de discussões doutrinárias, o que acarretou na formulação de diversas teorias acerca deste instituto jurídico. As teorias formuladas acerca da personalidade jurídica conferida às pessoas jurídicas são as seguintes: individualista, da ficção, da vontade, da instituição, da realidade objetiva ou orgânica e da realidade técnica³⁵¹.

A primeira a ser analisada é teoria individualista. Ela prevê que a personalidade jurídica seria conferida, em verdade, aos próprios sócios, e não à pessoa jurídica em si, à sociedade³⁵². Em uma primeira análise, é possível observar que não foi esta teoria acolhida pela Codificação Civil brasileira. Clóvis Beviláqua destaca que tal teoria não oferece efeitos práticos às pessoas jurídicas e ao seu funcionamento, tendo em vista que os membros de uma sociedade não podem, em nome próprio, pleitear aqueles direitos que sejam privativos desta³⁵³.

Em segundo lugar, a teoria da ficção prevê que a personalidade jurídica, diferentemente da personalidade natural, seria uma criação da lei, uma ficção. Parte da doutrina entende ser ela de tão pouca utilidade quanto a primeira analisada. Entretanto, em oposição ao quanto previsto nesta teoria, entende-se neste estudo que o Estado não cria as pessoas jurídicas, mas as reconhece³⁵⁴, enquanto um conceito simplificador de um complexo de relações, como se passará a expor.

Caio Mário da Silva Pereira se posiciona contrário à teoria ora em análise, explicitando que o seu reconhecimento enfraqueceria o próprio Estado e as leis que dele emanam, nos seguintes termos:

³⁴⁹ PEREIRA, 2004, v. 1, p. 213.

³⁵⁰ BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 141.

³⁵¹ Ibidem, p. 147.

³⁵² Ibidem, p. 147.

³⁵³ BEVILÁQUA, 2001, p. 174.

³⁵⁴ Ibidem, p. 170.

[...] a lei cria a pessoa jurídica como ente fictício; mas a lei emana do Estado, que é uma ficção; e, se à criação da pessoa jurídica deve preceder a vontade da lei, fica sem explicação a personalidade do Estado, que sendo fictício dependeria da preexistência de algo que a reconhecesse.³⁵⁵

A teoria da vontade atribui personalidade jurídica à vontade, sendo esta aquela que emana dos sujeitos membros deste novo ente. A crítica quanto a esta teoria e a sua inaplicabilidade é no sentido de que se estaria atribuindo autonomia à vontade, o que não possui qualquer fundamento legal ou teórico. Assim, nada resolve³⁵⁶. Ademais, observando-se as construções e conclusões observadas no capítulo sobre a vontade, restaria contraditório afirmar que a personalidade jurídica é conferida a um dos elementos essenciais do negócio jurídico.

A teoria da instituição, sem aplicabilidade no ordenamento jurídico vigente, estabelece que a personalidade jurídica pode ser atribuída às organizações, ou seja, às instituições que se destinem a atender demandas sociais. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, esta teoria não oferece um critério justificativo, excluindo do seu conceito aquelas sociedades que não tenham fins sociais³⁵⁷.

A partir deste ponto, passam a serem apresentadas as teorias realistas acerca das pessoas jurídicas. O mesmo doutrinador supramencionado destaca que tanto a teoria organicista quanto a teoria da realidade técnica são realistas, pois ambas consideram a pessoa jurídica uma realidade, com órgãos e vontades próprias³⁵⁸. Este aspecto é o que distingue tais teorias daquelas citadas.

A teoria orgânica é primeiro formulada em relação à técnica e corresponde a um estágio mais próximo do que atualmente se concebe quanto às pessoas jurídicas, surge em um período posterior ao “Século do Contrato” com o intuito de solucionar a questão da irresponsabilidade dos entes coletivos³⁵⁹. Para a teoria organicista, a pessoa jurídica seria um organismo real, com vontade própria.

Clóvis Beviláqua aponta Gierke e Endemann como os principais autores desta teoria, sendo que o primeiro, de modo mais extremado, chega a atribuir inteligência às pessoas jurídicas³⁶⁰. Wilges Ariana Bruscatto se posiciona no sentido de que esta teoria seria a mais

³⁵⁵ PEREIRA, 2004, v. 1, p. 303-304.

³⁵⁶ BEVILÁQUA, 2001, p. 178.

³⁵⁷ PEREIRA, op. cit., p. 307.

³⁵⁸ Ibidem, p. 308.

³⁵⁹ LOPES, Giovana L. Peluso; SILVA, Denis Franco. O conceito de pessoa: em busca da abstração legal. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SILVA, Rafael Petefii da; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio. **Direito civil**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 31-52. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=370666e2a8735a18>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

³⁶⁰ BEVILÁQUA, op. cit., p. 181.

adequada ao direito societário, justamente pela construção teórica acerca da vontade própria das sociedades³⁶¹.

Na sequência, surge a teoria da realidade objetiva, a qual admite que as pessoas jurídicas existam como seres dotados de uma vida própria. Esta é indicada como a teoria atualmente mais aceita pelos estudiosos e reconhecida pelos ordenamentos jurídicos³⁶².

Caio Mário da Silva Pereira, neste sentido, critica aqueles que são contrários a tal teoria, demonstrando que a própria personalidade jurídica das pessoas naturais também é reconhecida apenas quando a ordem legal assim determina, exemplificando com o fato de os escravos terem a sua personalidade jurídica negada no passado. Assim, refutando a ideia de que apenas o homem pode ser sujeito de direito, o renomado autor inclui neste conceito as pessoas jurídicas, detentoras de patrimônio, personalidade e vontade próprias³⁶³.

As teorias realistas são aquelas que mais se aproximam do que é admitido pelos ordenamentos jurídicos e, portanto, são as que melhor poderiam explicar o instituto jurídico que é a pessoa jurídica. Contudo, é importante apresentar o entendimento de Hans Kelsen quanto ao instituto, bem como a teorias italianas nominalistas. Estas construções teóricas sugerem uma nova forma de encarar a pessoa jurídica.

Hans Kelsen apresenta a pessoa jurídica enquanto uma construção da ciência jurídica. Aquilo que o autor denomina por corporação seria, portanto, o instrumento de simplificação de uma situação complexa traduzida através da instituição pela ordem jurídica de direitos e deveres cujo conteúdo será a conduta dos indivíduos que fazem parte dos órgãos da pessoa jurídica³⁶⁴. A pessoa jurídica, nesta concepção, se afastaria das teorias realistas e seria uma construção simplificadora e auxiliar do Direito.

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri, ao propor um estudo acerca do signo da pessoa jurídica, verifica que as formulações de Hans Kelsen negariam todas as teorias realistas acima indicadas e sugeriria que a pessoa jurídica é um conceito auxiliar do Direito, um instrumento linguístico. Este entendimento se aproximaria daquele defendido por Tulio Ascarelli, que também encarava o instituto como uma expressão de determinado complexo de normas³⁶⁵.

³⁶¹ BRUSCATO, 2005, p. 148.

³⁶² *Ibidem*, p. 148.

³⁶³ PEREIRA, 2004, v. 1, p. 309-310.

³⁶⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 133.

³⁶⁵ NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. A (des)naturalização teórica da pessoa jurídica. In: LOPES, Christian Sahb Batista; OLIVEIRA, José Sebastião de; BOSCO, Maria Goretti Dal. (Coord.). **Direito civil contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 143-144. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fs1345/852e718s/N77F8P63Qm4546a1.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

O movimento denominado nominalismo, que surge na Itália, retoma esse questionamento acerca do significado da pessoa jurídica. Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri apresenta o estudo formulado por Floriano D'Alessandro que, sob a influência do pensamento de Hans Kelsen, sugere uma nova forma de se conceber a pessoa jurídica, no momento em que indica ser esta um símbolo, uma expressão linguística, que deveria ser estudada com base no seu uso, ou seja, na sua dinâmica e em relação com outros conceitos³⁶⁶.

Em seu estudo, o autor revela que o nominalismo italiano recorreu à teoria dos símbolos incompletos, no intuito de explicar o que seria a pessoa jurídica inserida em um ordenamento jurídico. Os símbolos incompletos seriam aqueles cuja análise não pode ser feita de forma isolada e não haveria como se checar a sua essência apartada de um determinado contexto. A análise dos símbolos incompletos dependeria, portanto, da sua interação com outros elementos linguísticos e é esta concepção que se sugere para as pessoas jurídicas³⁶⁷.

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri constata que as teorias nominalistas se aproximam daquelas reducionistas, de modo que chegariam a sugerir o abandono do conceito de pessoa jurídica, ao constatarem que este termo poderia ser substituído por diversos outros signos, sem que houvesse uma alteração no significado final da construção de proposições³⁶⁸.

O referido autor, mesmo reconhecendo a importância desta teoria e a sua contribuição para uma nova forma de se compreender a pessoa jurídica, demonstra que não há a necessidade de ser dispensada a referida terminologia. Pelo contrário, defende a sua importância na medida em que permite a simplificação de um complexo de relações jurídicas, o que seria demasiadamente trabalhoso se tivesse que ser estruturado utilizando-se cada pessoa natural que compõe a pessoa jurídica.

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri sugere, então, que seja compreendida a maior importância sintática do termo da pessoa jurídica, do que a semântica, ao destacar que a busca pela identificação do seu objeto é inócua. Isto porque, conforme apresentado, o instituto da pessoa jurídica representa um símbolo incompleto, que deve ser compreendido a partir da sua relação com outros signos, e não de forma isolada³⁶⁹.

A importância instrumental da pessoa jurídica já era verificada por Sylvio Marcondes Machado, ao destacar que se trata de instituto jurídico criado para agrupar interesses individuais. O autor leciona que as pessoas jurídicas seriam o meio para alcançar “os fins,

³⁶⁶ NEGRI, 2015, p. 145.

³⁶⁷ Ibidem, p. 146.

³⁶⁸ Ibidem, p. 149.

³⁶⁹ Ibidem, p. 152.

sempre humanos, que excedam a esfera individual, para abranger a coletividade de todo gênero³⁷⁰, revelando que estes entes têm o importante papel de amalgamar interesses variados, mas que buscam atingir objetivos convergentes, conforme fora apresentado quando se tratou dos negócios jurídicos plurilaterais.

Neste mesmo sentido, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho elucidam que as pessoas jurídicas não seriam os meros suportes de tais direitos e deveres, posto que eles são parte da sua estrutura, como a árvore que não teria galhos, mas seria galhos e todos os demais elementos que a compõem. Os autores então concluem que pessoa “é o ponto de referência de um conjunto de normas jurídicas”³⁷¹, o que reflete esta compreensão da pessoa jurídica enquanto signo que simplifica a visualização desta rede de relações jurídicas construídas no seu entorno.

O objetivo de trazer esta discussão para dentro desta pesquisa é sugerir uma nova forma de encarar a pessoa jurídica, para que se possa tentar compreender qual a função da criação do referido signo dentro do ordenamento jurídico, ainda que seja um símbolo incompleto. É a partir deste entendimento acerca do fim do instituto que se poderá verificar o que seriam situações anômalas e que o descaracterizam, a exemplo do recurso à instituição das pessoas jurídicas para a simulação de outros negócios jurídicos, ideias estas que também serão desenvolvidas no tópico que abordará a crise da pessoa jurídica.

4.1.2 Pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro

A retrospectiva histórica tem sua importância ao possibilitar que sejam refutadas dúvidas quanto às pessoas jurídicas e a sua personalidade jurídica própria, tendo em vista que esforços atuais nesta investigação podem coincidir com conclusões já elaboradas pela doutrina. Não há dúvidas de que, como forma de simplificação das relações jurídicas, o ordenamento considera as pessoas jurídicas como sujeitos de direitos, assim como as pessoas naturais que as compõem.

Há um rol taxativo expresso que relaciona quais as pessoas jurídicas podem ser constituídas, reconhecendo-lhes personalidade jurídica. Entretanto, esta inovação veio com o Código Civil de 1916.

³⁷⁰ MACHADO, 1956, p. 172.

³⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 350.

As sociedades comerciais previstas no Código Comercial de 1850 não tinham a sua personalidade jurídica devidamente atribuída, pois esta lei não conferia tratamento específico às pessoas jurídicas. Não se reconhecia que a sociedade era o próprio empresário. O Código Comercial estabelecia apenas a obrigatoriedade de haver ao menos um comerciante como sócio, o qual conferiria esta sua qualidade de pessoa a toda a sociedade³⁷².

O Código Civil de 1916 é que passa a demonstrar e reconhecer de forma expressa que a existência das pessoas que compõem o quadro societário é distinta daquela da pessoa jurídica, através do seu artigo 20, *in verbis*: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Dispositivo semelhante a este, entretanto, não foi trazido para o Código Civil de 2002, mas é possível que se extraia a mesma conclusão de outros artigos.

A Codificação Civil de 1916 passa a dividir as pessoas jurídicas em: de direito público, interno e externo, e de direito privado, classificação esta que ainda vigora com o Código Civil de 2002.

São pessoas jurídicas de direito público, conforme o artigo 41, da Lei Civil vigente, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias e associações públicas, bem como as demais entidades de caráter público criadas por lei. Em razão dos objetivos delimitados na pesquisa, o presente trabalho não comporta uma análise mais detida quanto a tais figuras.

As pessoas jurídicas de direito privado são, pelo quanto exposto no artigo 44, do Código Civil de 2002, as associações, as sociedades, civis ou empresárias, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e, por fim, inovação esta trazida com a edição da Lei nº 12.441/11³⁷³, as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI). Dentre estas, as pessoas jurídicas empresárias são as sociedades empresárias e a EIRELI.

A constituição regular das pessoas jurídicas empresárias deve atender aos requisitos estabelecidos no artigo 45, do Código Civil de 2002, cujo tratamento é comum a todas as pessoas jurídicas de direito privado supramencionadas. O registro do ato constitutivo perante o órgão competente é o marco que a lei aduz para que seja reconhecida a personalidade jurídica das mesmas, de modo que seriam concebidas como sujeitos de direito a partir de então. Para o Direito Empresarial, este órgão é a Junta Comercial, pelo quanto previsto no artigo 985, do Código Civil de 2002.

³⁷² FROTINI, Paulo Salvador. Pessoas Jurídicas no Código Civil de 2002. Elenco, remissão histórica, disposições gerais. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 44, n. 137, p. 93-118, jan./mar. 2005, p. 97-100.

³⁷³ BRASIL. **Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

Este marco inicial da personalidade jurídica das pessoas jurídicas foi objeto de estudo de José Lamartine Correia de Oliveira. Ao passo em que o autor considera e consegue demonstrar que as sociedades irregulares têm personalidade jurídica, ainda que não tenha efetivado o seu registro ou não o tenham feito devidamente, posto que poderá figurar no polo ativo ou passivo de demandas judiciais e é titular de direitos, pretensões e obrigações³⁷⁴, da mesma forma a pessoa jurídica já existe e tem personalidade jurídica desde os atos intermediários, ou seja, quando está em fase de constituição, pois em ambos os casos já haveria capacidade de direito, ainda que a lei preveja certas limitações a esta³⁷⁵.

Também a personalidade jurídica conferida às sociedades é aspecto pacificado na doutrina, nacional e internacional, tendo em vista que há casos em que se entende não haver personalidade jurídica. Há países, como a Alemanha, que não atribuem personalidade jurídica a determinados tipos societários, tais como a sociedade em nome coletivo e em comandita simples, considerando-as como um condomínio entre os sócios³⁷⁶. É possível notar que os tipos societários nesta situação possuem sócios com responsabilidade ilimitada. Situação análoga é percebida nos ordenamentos francês e inglês.

O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, reconhece a personalidade jurídica das sociedades em nome coletivo e em comandita simples. A questão controvertida pela doutrina nacional refere-se às sociedades em comum e em conta da participação, localizadas no Subtítulo I, “Da Sociedade Não Personificada”, do Livro do Direito de Empresa do Código Civil de 2002³⁷⁷.

É possível compreender que não haveria personalidade jurídica para estas sociedades, por mais que existentes enquanto sociedades, tendo em vista que não atendem ao requisito do artigo 44, do Código Civil, além de as demandas serem movidas contra os próprios sócios³⁷⁸.

Em sentido oposto, José Lamartine Correia de Oliveira defende que as sociedades irregulares têm personalidade jurídica, como já exposto, pois o Código de Processo Civil de 1973 permitia que estes entes fossem parte em processos judiciais, regra esta que foi mantida na Lei Processual Civil de 2015, bem como por terem poderem figurar em diversas relações jurídicas³⁷⁹.

³⁷⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 240-241.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 249.

³⁷⁶ MARTINS, F., 2009, p. 191.

³⁷⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, p. 171.

³⁷⁸ MARTINS, F., 2009, p. 192.

³⁷⁹ OLIVEIRA, J., *op. cit.*, p. 236.

As sociedades cujos sócios têm responsabilidade limitada pelas obrigações sociais não são foco de divergências doutrinárias. São pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria. O mesmo pode, então, ser afirmado com relação à EIRELI, com base nos fundamentos supramencionados.

Para esta pesquisa, não há relevância em si na compreensão do momento em que surja a personalidade jurídica da sociedade empresária ou tampouco quanto ao reconhecimento desta para determinados tipos. O que importa compreender, a partir da compreensão de que há espaço para a autonomia das partes na constituição de sociedades empresárias e os limites para que não se configure a simulação é que, caso esteja ocorra, sequer houve personalidade jurídica ou ainda a existência de uma pessoa jurídica. Isto porque o ato é nulo, conforme já aduzia José Lamartine Correia de Oliveira³⁸⁰.

Ou seja, não se pretende adentrar na discussão se o ato que originou a sociedade, seja por escrito ou verbal, registrado ou não, irá conferir-lhe personalidade jurídica ou capacidade de direito, mas sim se a vontade para tanto estava viciada pela simulação e, portanto, afronta o sistema legal pátrio. Constatada a simulação, o referido ato é nulo e deve-se investigar se há algum negócio jurídico dissimulado, conferindo os devidos efeitos ao que se pretendeu encobrir.

4.1.3 Efeitos da personalidade jurídica das pessoas jurídicas empresárias

O surgimento das pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividade econômica organizada com intuito lucrativo provoca dois principais efeitos, decorrentes da atribuição de personalidade jurídica a estes novos entes.

O primeiro efeito é a constituição de um patrimônio próprio, titularizado por este novo sujeito de direito. O passo inicial para a sua constituição é a contribuição pessoal de cada sócio, formando assim o capital social deste empresário revestido na forma de pessoa jurídica. O decorrer das suas atividades, a partir do momento em que começa a atuar no mercado, faz com que este capital inicial seja alterado, formando então o patrimônio do empresário, que engloba o estabelecimento empresarial³⁸¹.

Disso decorre o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. O Código Comercial de 1850 já previa expressamente esta separação dos patrimônios, em seu artigo

³⁸⁰ OLIVEIRA, J., 1979, p. 229.

³⁸¹ BRUSCATO, 2005, p. 156.

350³⁸², o qual fora transcrito nos mesmos termos para o vigente Código Civil, em seu artigo 1.024.

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri destaca que a autonomia patrimonial é um dos princípios que apoia a pessoa jurídica, sendo estes um dos fins do instituto dentro do ordenamento jurídico. A separação patrimonial seria, portanto, um dos elementos que mais caracteriza a independência da pessoa jurídica em face daquelas que a compõem³⁸³, para que possa estabelecer os seus vínculos e relações de forma independente, o que é essencial e necessário para a completude do próprio símbolo que representa, conforme já apresentado.

O segundo efeito é a capacidade negocial ou titularidade negocial da própria pessoa jurídica empresária, termos estes empregados por Wilges Ariana Bruscato, o que revela a independência da vontade do novo ente com relação aos seus membros³⁸⁴. Há um distanciamento entre a vontade de cada um daqueles que compõem a pessoa jurídica e a desta própria. A sociedade ou a EIRELI passam a agir em nome próprio, o que ratifica a aplicabilidade da teoria da realidade objetiva na atualidade.

Esta capacidade negocial, que possibilita a aquisição de bens, direitos e obrigações pelo empresário pessoa jurídica é denominada por Eduardo Teixeira Farah como sendo a face externa da empresa. Afirma este autor que é por meio dela que o empresário vai executar a sua finalidade empresarial. Ao se admitir a existência de uma face externa, é possível se indagar acerca da face interna da empresa. Esta corresponde à relação existente entre os componentes da pessoa jurídica, como bem destaca Farah ao afirmar que “a coletividade, agindo como pessoa jurídica perante o ordenamento jurídico, exterioriza a personalidade já existente em sua ordem interna”³⁸⁵.

A face interna da empresa, é importante ressaltar, pode ser concretizada por meio de qualquer composição ou constituição, de acordo com os ensinamentos de Cristiano Romano³⁸⁶. Assim, a face interna pode ser composta por uma ou mais pessoas, não sendo descaracterizada pela ausência de pluralidade, conclusão esta que já fora exposta no estudo quanto aos negócios jurídicos contratuais plurilaterais.

³⁸² “Art. 350 - Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais”. Cf. BRASIL, 2002.

³⁸³ NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. Repensando a *Disregard Doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 169.

³⁸⁴ BRUSCATO, 2005, p. 157.

³⁸⁵ FARAH, 2002, p. 665.

³⁸⁶ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 150.

É interessante ainda destacar que decorrem dos dois efeitos supramencionados, de acordo com Wilges Ariana Bruscato e pela interpretação legal, a aquisição pela pessoa jurídica empresarial de um nome, nacionalidade e domicílio³⁸⁷. Todas estas três informações devem constar no registro do empresário pessoa jurídica.

4.1.4 Extinção da personalidade jurídica e despersonalização da sociedade empresária

Tudo aquilo que é iniciado, ao mesmo tempo, poderá vir a ter um fim. A regra da natureza também atinge as pessoas jurídicas e as suas respectivas personalidades jurídicas. A mera paralisação das atividades pode não corresponder exatamente à extinção daquela relação, seja jurídica ou não.

O fim da existência das sociedades empresárias pode decorrer de diversos motivos, mas deve seguir a seguinte ordem: dissolução, liquidação e partilha³⁸⁸.

Fran Martins destaca que, apesar de a dissolução determinar o término das atividades empresariais, esta etapa corresponderia apenas à “morte aparente” da pessoa jurídica. Fundamenta seu entendimento no artigo 1.194, do Código Civil, o qual determina que os empresários devam realizar a boa guarda dos seus livros empresariais até que as ações contra eles sejam atingidas pela prescrição ou decadência³⁸⁹.

Há ainda outra forma de extinção da pessoa jurídica, que é denominada por despersonalização. Esta ocorre sempre que a pessoa jurídica, ou pessoa coletiva, vier a desaparecer em face da ausência de uma das suas condições de existência. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho exemplificam esta situação com a invalidade do contrato social³⁹⁰, que, com base neste trabalho, pode vir a ocorrer porque o contrato social em verdade seria o negócio jurídico simulado. No caso da despersonalização, ela será definitiva e seus efeitos irradiam para todas as relações jurídicas estabelecidas com o ente.

4.1.5 A crise da função da pessoa jurídica e as distorções no seu uso

A pessoa jurídica é importante no ordenamento jurídico por viabilizar a simplificação de um complexo de relações e normas jurídicas. Ela está apoiada na autonomia patrimonial e

³⁸⁷ BRUSCATO, 2005, p. 157.

³⁸⁸ MARTINS, F., 2009, p. 194.

³⁸⁹ Ibidem, p. 195-196.

³⁹⁰ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 371.

na capacidade negocial conferidas ao instituto, de acordo com o quanto já se defendeu. O desapego da pessoa jurídica enquanto uma realidade permite compreender a que serve o instituto e, assim, evitar que sejam mantidas situações cujas finalidades são diversas daquelas que efetivamente sustentam a pessoa jurídica, a exemplo da simulação.

A percepção desta distorção do uso da pessoa jurídica está refletida no trabalho acadêmico de José Lamartine Correia de Oliveira, denominado “A dupla crise da pessoa jurídica”. O referido autor detecta que os institutos jurídicos, enquanto unidades de ordenação dentro de um determinado ordenamento jurídico, teriam específicas funções diante deste, as quais deveriam estar em consonância com os princípios que ordenam todo o sistema³⁹¹.

No caso específico das pessoas jurídicas, o mencionado doutrinador prossegue com o entendimento de que a autonomização está intrinsecamente relacionada com a função do instituto da pessoa jurídica, ao passo em que é essencial para a sua existência esta distinção da personalidade jurídica do ente moral e das pessoas naturais que venham a compô-lo. Por outro lado, a limitação da responsabilidade não estaria indissociável da conferência de personalidade jurídica própria, mas reflete o nível máximo da referida autonomização³⁹².

A crise da função do instituto da pessoa jurídica é detectada quando o seu uso está direcionado para fins que são contrários aos princípios que compõem o ordenamento jurídico em que esteja inserido e que o reconhece. Deve-se ressaltar que o âmbito da autonomia privada, conforme já estudado em capítulo anterior, permite a inovação e a criação de fins que não estejam expressamente previstos no sistema legal, o que não impede a atividade criativa, desde que siga em consonância com ele. É neste sentido que José Lamartine Correia de Oliveira constata haver uma divergência da função da pessoa jurídica³⁹³.

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri, em consonância com as lições do autor acima mencionado, aduz que a pessoa jurídica tem legítima função dentro do ordenamento jurídico, conforme já exposto no tópico que trata do seu conceito, sempre apoiada no princípio da autonomia patrimonial. O seu uso em sentido diverso distorce a sua concepção dentro do sistema legal e não deve ser fomentado³⁹⁴.

A teoria que passa a ser estudada pelo autor é a desconsideração da personalidade jurídica, que também será explanada neste estudo em comparação com a simulação. Contudo, para este estudo é de extrema importância ter em mente o que significa esta fuga da função da

³⁹¹ OLIVEIRA, J., 1979, p. 259.

³⁹² Ibidem, p. 260.

³⁹³ Ibidem, p. 262.

³⁹⁴ NEGRI, 2008, p. 172.

pessoa jurídica, pois permite vislumbrar a gravidade em serem mantidas as sociedades ou quaisquer outros negócios jurídicos que a envolvam e sejam simulados.

4.2 AS HIPÓTESES DE SIMULAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS PLURILATERAIS DE CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA

O objeto principal desta pesquisa é o estudo da simulação através da personalidade jurídica de sociedades empresárias. Assim, necessário que se apresente de que forma poderá ocorrer a simulação nos negócios jurídicos plurilaterais, apresentados no capítulo anterior.

Em ambos os casos que passam a ser estudados, verifica-se que são elementos que viabilizam a existência de simulação do negócio jurídico a existência ou não da *affectio societatis*, a efetiva execução do objeto social, a quantidade de relações jurídicas estabelecidas em função deste ou a inexistência destas. Caso seja a simulação *da* sociedade, não haverá *affectio societatis* entre todos os sócios e tampouco em relação ao objeto social posto no ato constitutivo. No caso da simulação *na* sociedade, a inexistência desta vontade pode estar restrita a apenas um ou alguns dos sócios.

Esses são alguns critérios objetivos que possibilitariam o reconhecimento dos aspectos subjetivos que envolvem a configuração da simulação. A sugestão pela aferição de determinadas situações como as acima elencadas é para que se confira maior segurança jurídica.

Estas hipóteses passam a ser suscitadas neste tópico, em que se pretende elucidar os limites da nulidade, que poderá ser total ou parcial, e o que deve ser mantido. As conclusões na prática dependerão de uma análise casuística, mas se tenta nesta pesquisa antecipar alguns critérios e consequências.

4.2.1 A simulação *da* sociedade empresária

A possibilidade de se considerar simulado o ato constitutivo de sociedade empresária não é acolhida de forma unânime e pacífica por toda a doutrina, cujos entendimentos opostos passam a ser analisados. Ademais, é necessário rememorar a natureza jurídica dos atos constitutivos, a qual, para esta pesquisa, é de negócio jurídico contratual plurilateral, de modo que o regime das invalidades será aplicável a elas.

Tulio Ascarelli reconhece a possibilidade da simulação *da* sociedade. Em seu estudo sobre os contratos plurilaterais e a aplicabilidade de regras contratuais aos atos constitutivos de

sociedades, analisa a teoria dos vícios e detecta que há relevante distinção entre o vício estar configurado no contrato em si ou em uma das adesões. Em ambos os casos, o autor cita expressamente a possibilidade de haver simulação³⁹⁵.

Nesta mesma linha de entendimento, Itamar Gaino admite a simulação *da* sociedade, afirmando que esta ocorre sempre que a sociedade empresária nada tenha de real, existindo apenas na sua aparência³⁹⁶. Em primeiro plano, é possível detectar que inexistente *affectio societatis*, ou seja, não há qualquer interesse de associação daqueles sócios para a consecução da empresa indicada no registro.

Aquilo que fora exposto no ato constitutivo registrado não condiz com a vontade real das partes. Desse modo, aqueles que têm a vontade dissimulada podem vir a ser os sócios formais ou não, escondidos por trás de interpostas pessoas – “laranjas”, a sede é local em que não se pretende exercer qualquer atividade econômica e tampouco se pretende executar este objeto social³⁹⁷, ou ainda não se pretende ter qualquer sociedade em si, mas apenas alguns efeitos desta, como a limitação da responsabilidade.

Importa, portanto, observar que, para a corrente doutrinária que admite a simulação *da* sociedade, o efeito decorrente da sua constatação é a nulidade do próprio ato constitutivo, pois a real intenção das partes é fingir aquela sociedade para encobrir qualquer outra situação e não a execução daquela empresa em específico.

Na jurisprudência brasileira, também é reconhecida possibilidade de haver simulação *da* sociedade. O julgado que é mencionado como marco sobre o debate desta questão foi do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 16.984, advindo de processo do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Luiz Galloti, cujo acórdão foi proferido na década de 1950³⁹⁸.

Luiz Carlos de Andrade Júnior segue em sentido oposto e nega a possibilidade de ser reconhecida a simulação *da* sociedade no ordenamento jurídico pátrio. Fundamenta o seu posicionamento afirmando que haveria um conflito entre a vontade de simular e aquela outra de constituir a sociedade, de modo que se esta última prepondera, não haveria simulação, posto que “o surgimento da pessoa jurídica é inevitável”. Ratifica esta ideia ao aduzir que teriam sido obedecidos os trâmites para publicidade da constituição da sociedade empresária, o que

³⁹⁵ ASCARELLI, 1945, p. 287.

³⁹⁶ GAINO, 2012, p. 133.

³⁹⁷ Ibidem, p. 133.

³⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 16.984/PR**. Relator: Ministro Luiz Galloti. Publicado em: 10/07/1950. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=118667>> Acesso em: 7 nov. 2016.

envolveria ainda a intervenção da autoridade pública, que não faria parte do acordo simulatório³⁹⁹.

O referido autor entende que não seria possível, portanto, anular o registro de sociedade empresária já constituída. Contudo, poderiam ser considerados simulados os atos jurídicos praticados por esta sociedade que, apesar de existir, “não tenha instalações físicas, máquinas e materiais de escritório”. Conclui o autor que a pessoa jurídica existe e deve subsistir o ato constitutivo, mas estas condições ora listadas a impossibilitariam de praticar determinados atos de comércio, que, portanto, seriam nulos por estar configurada a simulação⁴⁰⁰.

Refuta-se tal compreensão nesta pesquisa. Em primeiro lugar, valendo-se deste argumento, todos os atos que forem registrados em cartório não poderiam ser considerados simulados, posto que também houve a intervenção de um agente do Estado. Em segundo lugar, a Junta Comercial não tem competência para aprofundar na análise subjetiva do ato constitutivo, mas meramente os seus aspectos formais e materiais. Não há espaço, portanto, para se questionar a sua participação ou conhecimento sobre o acordo simulatório, posto que a intenção das partes é que ninguém tome ciência deste.

Neste mesmo sentido, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda já assinalava que esta presença da autoridade não inviabiliza a prática de uma simulação. Na obra do referido autor, ressalta-se que “se a manifestação de vontade é perante autoridade, nem por isso se faz incólume à alegação de simulação relativa, sem se dever distinguir, aqui, entre participação da autoridade como pressuposto de forma e direção à autoridade”⁴⁰¹.

Calixto Salomão Filho⁴⁰² e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho⁴⁰³ analisam as sociedades fictícias, que seriam aquelas em que um dos sócios apenas figura no quadro societário para viabilizar a constituição de pessoa jurídica e, assim, possibilitar a limitação da responsabilidade do outro sócio. Ambos os autores concluem que, nestes casos, não seria possível admitir a simulação *da* sociedade e sugerem, respectivamente, a adoção da *disregard doctrine* ou a análise sob o viés do negócio indireto.

Estas compreensões tampouco são acolhidas nesta pesquisa. Conforme se verá adiante, a adoção da desconsideração da personalidade jurídica deve estar adstrita às hipóteses legais,

³⁹⁹ ANDRADE JÚNIOR, 2016, p. 199.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 214.

⁴⁰¹ MIRANDA, 2000, v. 4, p. 447.

⁴⁰² SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Simulada. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Malheiros, ano 36, n. 105, p. 70-73, jan./mar. 1997.

⁴⁰³ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Notas sobre as sociedades fictícias, ou de favor. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Malheiros, ano 43, n. 134, p. 85-95, abr./jun. 2004.

que não importam na nulidade do ato, o que ocorre quando configurada a intenção de simular uma situação em desconformidade com a vontade real das partes. Por outro lado, tampouco se pode admitir que a teoria do negócio indireto viabilize a limitação da responsabilidade do empresário individual, quando o ordenamento jurídico não abarque esta possibilidade da forma engendrada pelas partes.

Modesto Carvalhosa também compreende que não seria admissível no ordenamento jurídico brasileiro a sociedade aparente, em seu estudo específico sobre as anônimas. O autor elucida que “se algumas pessoas prestam-se a subscrever o capital com patrimônio alheio, tal relação entre o real titular das respectivas ações e os que as ostentam, fiduciariamente, é irrelevante, perante a própria sociedade e perante terceiros”⁴⁰⁴.

O debate sobre a simulação *da* sociedade não se resume à quitação da ação com patrimônio de outrem, mas sim da intenção de fingir uma determinada situação com a constituição de uma pessoa jurídica, pois a forma como descrita no ato constitutivo não é aquela pretendida pelas partes e cujos efeitos serão atingidos, de modo que será nulo o ato.

Nesta pesquisa, compreende-se ser possível a simulação *da* sociedade. Portanto, o ato constitutivo simulado é nulo, bem como todos aqueles atos praticados pela pessoa jurídica aparente. Neste cenário, ficam ressaltados os direitos dos terceiros de boa-fé, contra os quais as partes da simulação não poderão opô-la⁴⁰⁵.

Deste modo, será cancelado o registro perante os órgãos públicos, caso seja nulidade absoluta, ou retificado para subsistir na forma do ato constitutivo dissimulado, se relativa for a simulação e o ato jurídico oculto fosse outro negócio jurídico plurilateral de constituição de sociedade empresária, se válido for.

Contudo, em se constatando que o negócio jurídico dissimulado é de outra natureza, o registro será também cancelado. O ato dissimulado, após confirmada a sua validade, passará a produzir os seus efeitos próprios, com todos os seus elementos agora aparentes, a exemplo de uma compra-e-venda.

Por se tratar de simulação *da* sociedade, defende-se que esta será sempre total, e nunca parcial, pois infecta todo o negócio jurídico simulado. Do contrário, seria possível manter a sociedade empresária simulada.

Por fim, com relação aos direitos de terceiros de boa-fé, é necessário que de fato sejam preservados, posto que não tinham conhecimento do vício que torna nula a sociedade simulada. Em consonância com a teoria da aparência, a preservação dos direitos de terceiros não acarreta

⁴⁰⁴ CARVALHOSA, 2011, v. 2, p. 118.

⁴⁰⁵ GAINO, 2012, p. 133.

a subsistência de uma sociedade empresária que nunca se quis constituir e apenas o fora para criar uma ilusão, seja para esconder algum outro negócio jurídico ou nenhum.

4.2.2 A simulação *na* sociedade empresária

A simulação *na* sociedade, por outro lado, não infecta a sociedade como um todo, cuja existência subsistirá, posto que existem sócios e há um objeto social sendo executado. Desse modo, não deverá ser reconhecida a nulidade do ato constitutivo e o negócio jurídico que fora simulado não ensejará de imediato o cancelamento do registro, mas de parte do negócio jurídico ou ainda do ato em específico de transferência da participação societária, como se passa a expor.

Este é o caso do denominado “alranjamento” por Itamar Gaino⁴⁰⁶. É possível que haja uma real intenção em se executar o específico objeto social, de modo que exista *affectio societatis* entre os primeiros sócios ou entre os sócios de fato.

Entende-se que o uso do termo simulação *na* sociedade refere-se à hipótese de uma simulação subjetiva, que poderá ser relativa ou absoluta. Pode ainda ser parcial ou total, a depender do ato jurídico em que esteja configurada.

Por exemplo, é possível que, por motivos diversos, um sócio não possa figurar no contrato social desde o início ou causas supervenientes ensejem a saída de um dos sócios. Nestas duas situações, verifica-se que há um sócio de fato que não é ou deixou de ser sócio de direito, de modo que a sua situação foi dissimulada.

A adesão individual, portanto, pode ocorrer desde o ato constitutivo ou nos subsequentes atos de alienação ou alterações contratuais.

No caso da interposta pessoa – o “laranja” – figurar no contrato social ao esconder um outro sócio, esta será uma simulação relativa subjetiva e ensejará na nulidade parcial do negócio jurídico. Desse modo, é mantida a sociedade empresária constituída e apenas deverá haver a retificação do quadro societário, posto que apenas esta adesão é nula. Ao ser detectada a invalidade deste ato, subsistirá a sociedade com o sócio de fato que estava dissimulado, se for válida.

A simulação nos atos de alienação da participação societária poderá ocorrer de duas formas. Uma primeira seria para fingir a saída de um sócio com o ingresso da interposta pessoa, a qual jamais se efetivou de fato, o que configuraria uma simulação absoluta e o ato é nulo. Caso a alteração contratual apenas aborde esta questão, a simulação será absoluta e total, de

⁴⁰⁶ GAINO, 2012, p. 134.

modo que a nulidade afeta todo o negócio jurídico, o que deve ser observado caso a caso. A segunda situação é quando ingressa um “laranja” para encobrir um novo sócio de fato, de modo que haverá uma simulação relativa subjetiva e deve ser investigado o negócio jurídico dissimulado.

Tulio Ascarelli menciona que quando o vício esteja presente na adesão individual do sócio ou acionista em específico, e não no ato constitutivo em si, ele subsistirá. Este é um dos aspectos que diferencia o contrato plurilateral dos demais, em especial daqueles de permuta, pois possibilita que a nulidade atinja apenas uma das partes⁴⁰⁷.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a discussão no julgamento do Recurso Especial nº 55.566, cujo processo originário advinha de São Paulo, no ano de 1994, sendo um dos primeiros casos acerca da simulação *na* sociedade⁴⁰⁸. O caso tratava da responsabilidade solidária de sócio-gerente pelo fato de ter sido retido o Imposto sobre Circulação de Mercadorias, mas não ter sido recolhido aos cofres públicos, sócio este que promoveu a transferência das suas quotas e a sua saída da sociedade após a ocorrência do fato gerador.

Na presente pesquisa, não se pretende analisar a responsabilidade tributária do sócio-gerente, de modo que esta será admitida como correta no julgado, para que se compreenda a simulação no caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Constatou-se que foram perpetrados dois atos ilícitos, quais sejam: a transferência simulada de quotas a pessoas estranhas à sociedade e o fato que motivou a sua responsabilidade tributária, qual seja, o não recolhimento de tributo retido.

O fato de o sócio-gerente figurar ou não no quadro societário não configura qualquer ilícito, pelo que se conclui que a simulação busca encobrir uma situação que não infringe qualquer dispositivo legal. A intenção em se esconder a verdade é para se furta dos efeitos que decorrem da sua situação como sócio-gerente. Esta é, portanto, uma simulação absoluta e subjetiva.

Ademais, neste caso cumpre ainda ser feita uma última ressalva, que é quanto à distinção da fraude contra credores, instituto apresentado. No caso em tela, apesar dos débitos serem preexistentes, não houve a transferência de patrimônio de modo a que o devedor atinja o estado de insolvência. A opção pela simulação, por outro lado, permitiu que o sócio-gerente

⁴⁰⁷ ASCARELLI, 1945, p. 287

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 55.566/SP**. Relator: Ministro Garcia Vieira. Publicado em: 05/12/1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400313950&dt_publicacao=05-12-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 7 nov. 2016.

“transferisse” a sua dívida, posto que estava atrelada a uma determinada situação, qual seja, a de ser sócio daquela sociedade empresária devedora perante o Fisco.

Assim, cabe, como foi devidamente reconhecido, a nulidade desta transferência de quotas sociais para interpostas pessoas – “laranjas”, posto que não reflete a real intenção das partes. A partir disto, não se concebe que houve qualquer saída do sócio-gerente, mas há a configuração da situação realmente querida, que é a sua continuidade no quadro societário. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu tal simulação com base em provas indiciárias, conforme expressamente mencionado no acórdão proferido.

O julgado mencionado reflete de forma clara como poderá se dar a simulação *na* sociedade. Considerando-se que a sociedade empresária exercia uma determinada atividade, tanto assim que houve a incidência do imposto sobre circulação de mercadorias, entende-se que havia o exercício de alguma empresa. O ato simulado está restrito à cessão das quotas, o que configura o “alaranjamento”, para encobrir os sócios reais.

Em tais situações, é correta a aplicação da simulação para reconhecer como nulo o ato em que se deu a transferência de quotas. Este ato é, normalmente, a própria alteração contratual. Por ter sido uma simulação absoluta, deve ser considerada nula esta alteração contratual e assim mantido o ato constitutivo em que consta a composição societária precedente. Não cabe aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, instituto adiante elucidado, posto que não é meio eficaz para revelar quem são as partes do negócio jurídico dissimulado.

As discussões processuais sobre a configuração da simulação após a vigência do Código Civil de 2002 chegaram ao Superior Tribunal de Justiça através de quinze processos, o que revela que em poucos casos a matéria foi enfrentada por esta Corte. Dentre os acórdãos proferidos, apenas três envolvem operações societárias, quais sejam, os Recursos Especiais nº 1.620.702/SP, 776.304/MG e 946.707/RS.

Dentre estes, é importante ressaltar o último acórdão proferido em 22 de novembro de 2016 nos autos do Recurso Especial nº 1.620.702/SP⁴⁰⁹. Isto porque, neste caso em específico, percebe-se que o mencionado Tribunal Superior adentra no mérito da simulação para reconhece-la, inclusive abordando a questão das provas indiciárias. É importante constatar que, apesar do número reduzido de processos sobre esta temática, tal Corte decidiu abordando com profundidade esta lide que envolve a simulação em uma sociedade anônima, a qual também abarca

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.620.702/SP (2016/0090145-5)** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado no DJe em: 29/11/16. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557387&num_registro=201600901455&data=20161129&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2017.

questões entre acionistas e quanto à constatação da simulação em si conforme o Código Civil vigente.

4.3 A DISTINÇÃO DOS EFEITOS DA SIMULAÇÃO DAS OU NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Com este tópico, pretende-se afastar a confusão entre a desconsideração da personalidade jurídica e os efeitos decorrentes da simulação, seja esta *da* ou *na* sociedade empresária. A desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei, e não de forma indiscriminada, com o intuito de se atingir o patrimônio pessoal dos sócios, o que configura abuso do poder judiciário⁴¹⁰.

Para esta pesquisa, em que se busca compreender melhor o instituto da simulação e, conjuntamente, o âmbito de atuação através do princípio da autonomia privada no Direito Empresarial, ressalta-se a necessária atenção na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que não venha a ser utilizada de forma equivocada quando, em verdade, os negócios jurídicos tenham amparo na autonomia privada ou estejam envolvidos com a simulação.

Explica-se. No caso em que o negócio jurídico fora celebrado em conformidade com a liberdade que lhe é conferida pelo princípio da autonomia privada, sem que venham a ser feridos quaisquer outros princípios ou regras, não há motivos para se excepcionar a proteção que a personalidade jurídica confere à pessoa jurídica e seus membros.

Do mesmo modo, caso se configure uma simulação, em que estejam presentes os seus requisitos, apresentados no capítulo anterior, não há motivos para que, de vez em vez, seja desconsiderada a personalidade jurídica. Isto porque, se houve simulação, deve-se buscar compreender qual a forma em que se deu e qual o negócio jurídico simulado e, portanto, nulo.

4.3.1 A desconsideração da personalidade jurídica: teorias e conceito jurídico

Há diversas formas de se separarem patrimônios, seja de um mesmo titular ou vários, a exemplo do recurso ao patrimônio de afetação. No caso dos empresários, esta forma de separação seria muito frágil, além de haver total dependência quanto à pessoa natural em si. Assim, a separação patrimonial, que possibilita a limitação da responsabilidade dos sócios –

⁴¹⁰ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 27.

individualmente considerados – pelas obrigações da sociedade empresária, se dá através da constituição de uma nova pessoa jurídica com personalidade jurídica própria.

Consequência disto é que a execução forçada para cumprimento das obrigações decorrentes da empresa se dá contra o próprio patrimônio autônomo da pessoa jurídica, já que há um sujeito de direito. Defende-se, então, que a barreira instaurada pela personalidade jurídica é opção mais firme para a proteção do patrimônio pessoal daquelas pessoas – naturais ou jurídicas – que venham a compor o quadro societário da pessoa jurídica.

Atualmente, a pessoa jurídica está em plena crise⁴¹¹, conforme panorama já apresentado. E este cenário desencadeou a forma indiscriminada que se tem excepcionado o princípio da autonomia da pessoa jurídica e a sua personalidade jurídica, de modo que a desconsideração da personalidade jurídica parece ter assumido o posto de regra geral sempre que o patrimônio autônomo da pessoa jurídica seja insuficiente.

Inicialmente, é de suma importância que se apresente o conceito de desconsideração da personalidade jurídica como sendo o instrumento adequado para remediar aquelas situações em que os sócios ou administradores utilizaram de forma abusiva a personalidade jurídica da respectiva sociedade empresária, desde que o ato praticado esteja dentre as hipóteses legais para a sua aplicação e não exista outra norma geral que discipline o ato ilícito ou abusivo praticado, conferindo-lhe consequências diversas que não exijam que seja excepcionada a autonomia da pessoa jurídica. Ou seja, é necessário que se observe se este é o recurso adequado para sanar o caso.

Há, então, uma ineficácia relativa da personalidade jurídica⁴¹², de forma episódica e pontual. Neste sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto identifica que haverá tal ineficácia quanto “aos atos que, por seu intermédio, forem praticados em desacordo com a função que lhe é reservada para preencher no ordenamento jurídico e para evitar a aplicação de normas que normalmente incidiriam num determinado caso concreto”⁴¹³.

Cumprido, então, que sejam apresentadas as origens históricas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como seja explicitada a forma como ela se inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, para em seguida serem expostos os elementos que congregam e explicam a definição acima delimitada.

⁴¹¹ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 346.

⁴¹² *Ibidem*, p. 373.

⁴¹³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Noções Gerais. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e Sociedade de Pessoas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016c, v. 2, p. 108.

Márcio Tadeu Guimarães Nunes apresenta que a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica está atrelada a uma análise casuística, principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, ou seja, em países do *common law*⁴¹⁴. Assim, é possível concluir que esta teoria surgiu da necessidade de, caso a caso, se excepcionar a regra geral da separação patrimonial pela personalidade jurídica.

Acontece que um instituto originário no sistema de *common law* é aplicado de acordo com os precedentes e os princípios que o regem. Integrá-lo a um sistema de *civil law* necessita de uma mínima sistematização, para que seja mantida a segurança nas relações jurídicas. Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri apresenta este panorama e indica que Rolf Serick foi o primeiro autor a propor uma forma de sistematização, o que viabilizaria a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica⁴¹⁵.

A teoria de Rolf Serick constata que deve ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica sempre que se constate o abuso da pessoa jurídica⁴¹⁶. Este seria um critério a nortear os julgadores, mas se constatou que ainda assim seria muito amplo e necessitaria da estruturação de elementos mais objetivos. Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri aponta como situações em que o recurso à desconsideração seria devido aquelas em que houve confusão das esferas jurídicas ou subcapitalização⁴¹⁷.

No Brasil, a primeira menção acerca da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica – *disregard doctrine* – foi feita por Rubens Requião em uma palestra acadêmica ocorrida no final da década de 1970. O referido autor defendeu a aplicação desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro e, por ser originário de um sistema de *common law*, ratificou que tal possibilidade poderia ocorrer mesmo sem norma legal expressa⁴¹⁸.

Importa destacar que mesmo antes da sua inserção de forma expressa no ordenamento legal brasileiro, o próprio Rubens Requião⁴¹⁹ na sua mencionada palestra já advertia sobre o zelo ao se recorrer a tal teoria diante do uso exacerbado da desconsideração da personalidade jurídica:

[...] mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração da pessoa jurídica se torne instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados, em cuja galeria sempre há de ser iluminada a imagem genial de Teixeira de Freitas,

⁴¹⁴ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 104.

⁴¹⁵ NEGRI, 2008, p. 176-177.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 177.

⁴¹⁷ NEGRI, 2008, p. 179.

⁴¹⁸ REQUIÃO, R., 1969, p. 20-21.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

que, no século passado, precedendo a muitos, fixou em nosso direito a doutrina da personalidade jurídica.

Assim, o ingresso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico pátrio ocorreu através da doutrina, para em seguida adentrar na jurisprudência. Os tribunais pátrios passaram a recorrer a ela sempre que configurado o abuso da personalidade jurídica, sob a influência das construções teóricas, antes mesmo de estar positivada⁴²⁰.

O primeiro diploma legal brasileiro que contempla regra expressa sobre a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária, para que se atinja o patrimônio pessoal dos sócios, foi o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990. Esta hipótese está posta no seu artigo 28 e parágrafos, *in verbis*⁴²¹:

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**. A desconsideração também será efetivada quando houver **falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração**.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica no referido dispositivo legal estão em destaque para que melhor se possa visualizá-los. Constata-se um grande rol de situações que ensejam esta situação – que seria excepcional – ao passo em que deixa de ser exceção justamente pela forma como organizada.

Defende-se este entendimento principalmente por dois motivos: o primeiro é o de que dentre tal rol estão hipóteses já previstas em lei de responsabilização pessoal do administrador, sem que seja necessário o recurso à desconsideração da personalidade jurídica; o segundo é no sentido de que, o parágrafo 5º acima transcrito, pela sua redação, fragiliza o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, permitindo que nas relações de consumo a personalidade jurídica seja sempre desconsiderada quando insuficiente o seu patrimônio.

O entendimento adotado neste estudo está em consonância com aquele exposto por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao examinar o referido dispositivo legal. O mencionado autor leciona que ele “mistura a teoria em análise com os defeitos dos atos jurídicos para os quais o ordenamento jurídico já prevê corrigendas e soluções”⁴²². No mesmo sentido, Sérgio Marcos

⁴²⁰ MAIA, Luiz Felipe Horta. **O desvio da função social da empresa como pressuposto para desconsideração da personalidade jurídica**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p. 83.

⁴²¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁴²² GONÇALVES NETO, 2016c, p. 112.

Carvalho de Ávila Negri conclui que a norma em análise se afasta da teoria clássica de Rolf Serick⁴²³ pela amplitude que é conferida ao instituto.

Em seguida, a desconsideração da personalidade jurídica foi inserida na antiga Lei Antitruste, Lei nº 8.884, de 1994, em seu artigo 18⁴²⁴ e, subsequentemente, na Lei nº 9.605, de 1998, que regula as sanções em face de atos lesivos ao meio ambiente, em seu artigo 4º⁴²⁵. As críticas feitas sobre o diploma legal anterior aplicam-se a estes dois casos, posto que também incluem dentro da desconsideração da personalidade jurídica hipóteses de responsabilização pessoal do sócio ou administrador, o que revela, pelo menos, atecnia e criação desnecessária de novos institutos e novas exceções ao regime geral, quando o próprio ordenamento jurídico oferece amparo e sanções a tais atos ilícitos elencados.

Por fim, deve-se ressaltar a situação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações trabalhistas. Aqueles que defendem este uso entendem que o Direito do Trabalho teria como fonte outras normas gerais de direito. É mais uma técnica criticada e rechaçada neste estudo, posto que é feita de forma inadequada e, principalmente, conduz a consequências desproporcionais e destacadas da intenção real destas normas.

É um equívoco pois o Código de Defesa do Consumidor regula uma situação excepcional – das relações consumeristas – de modo que jamais poderá ser considerado como norma geral; enquanto que a Consolidação das Leis Trabalhistas também rege relações de caráter singular, que não coincidem com as de consumo. É neste sentido que Marcio Tadeu Guimarães Nunes leciona que o Código de Defesa do Consumidor não pode ser interpretado como “Lei Civil”, ou seja, não deve ser equiparada a uma “norma geral”, porque evidentemente não é⁴²⁶.

Todas estas regulações normativas e os seus efeitos práticos, recorrentemente aplicados pelos juízes de forma indiscriminada, revelam o fortalecimento da denominada Teoria Menor

⁴²³ NEGRI, 2008, p. 183.

⁴²⁴ “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da 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 provocados por má administração.” Cf. 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://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8884-11-junho-1994-349808-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁴²⁵ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”. 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://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁴²⁶ NUNES, 2007, p. 37.

da desconsideração da personalidade jurídica. É através desta que se revela a ampliação das hipóteses para a sua aplicação, as quais vão muito além do que determina o artigo 50, do Código Civil de 2002, que será adiante apresentado.

É com base nestas hipóteses legais que Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede elencam dez hipóteses que atualmente viabilizariam o uso da desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: o comportamento doloso ou fraudulento; o desvio de finalidade; a confusão patrimonial; as relações de consumo; o abuso de direito; o excesso de poder; a infração à lei; a má administração; o ressarcimento frustrado, e; as relações de trabalho⁴²⁷.

O risco com a amplitude das hipóteses da *disregard doctrine* é que venha a viabilizar a sua aplicação sempre que se configure um caso de inadimplência da pessoa jurídica. Tais diplomas legais e seus respectivos dispositivos passam a conferir, ainda que potencialmente, poderes aos juízes para que possa ser forçado o adimplemento de obrigações da sociedade empresária, sem que haja a devida conformação com a função desta teoria. Parece que, em tais casos, os fins justificariam os meios.

Em face deste cenário e com relação especificamente aos diplomas legais supramencionados, Márcio Tadeu Guimarães Nunes assevera que⁴²⁸:

Nada mais são do que típicos preceitos de responsabilidade civil especial por ato ilícito diretamente atribuível aos gestores e controladores da pessoa jurídica, sem que se possa entender a razão pela qual tais normas são tratadas no contexto da superação da personalidade jurídica, ainda mais diante do singelo argumento de que o simples obstáculo da separação patrimonial decorrente da personificação societária é razão insuficiente à sua equiparação genérica ao regime do ato ilícito decorrente da teoria da desconsideração.

Após a inserção da referida teoria em todas as leis supramencionadas, é com a edição do novo Código Civil em 2002, norma geral que regula as relações privadas, que o ordenamento jurídico pátrio passa a contemplar as hipóteses da denominada Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica em seu artigo 50⁴²⁹. Conforme disposto, é possível que seja atingido o patrimônio pessoal dos sócios sempre que se configurem as hipóteses expressas no referido dispositivo legal, que são “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”.

A desconsideração da personalidade jurídica e o seu tratamento processual estão expressamente previstos no Código de Processo Civil de 2015, que inova em relação ao diploma

⁴²⁷ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 31-36.

⁴²⁸ NUNES, 2007, p. 30.

⁴²⁹ “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”. Cf. BRASIL, 2002.

legal antecedente, que sequer tratava da matéria. A Lei Processual brasileira passa a determinar que a investigação acerca de eventual necessidade de desconconsideração da personalidade jurídica ocorrerá de forma incidental ao processo principal, conforme o seu artigo 133 e parágrafos⁴³⁰.

E, apesar de não elencar as hipóteses, posto que tal função é da Lei Civil, determina em seu artigo 134, §4º, que “O requerimento deve **demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos** para desconconsideração da personalidade jurídica”⁴³¹.

É possível concluir, então, que a regra que viabiliza a adoção da desconconsideração da personalidade jurídica adotada no Brasil está disposta no seu Código Civil vigente e é a partir dela que deverá ser aplicada, caso a caso, desde que seja constatada a necessidade de recurso a tal situação excepcional. Ou seja, sempre que haja uma situação de “abuso da forma da personalidade jurídica”⁴³², em duas hipóteses pré-determinadas: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Conclui-se que deve haver o abuso do direito, que é quando se extrapolam os limites do direito de ser sócio ou administrador, ou, mais além, o direito de poder utilizar daquela personalidade jurídica criada para a pessoa jurídica, através de uma das situações mencionadas. Em consonância com a conclusão defendida, Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede asseveram que tal recurso deveria estar sempre atrelado a este mau uso da personalidade jurídica, e não decorrer do mero inadimplemento⁴³³.

Exemplo didático sobre situação em que há o abuso da personalidade jurídica por confusão entre o patrimônio social e o seu pessoal é apresentado por Rubens Requião, ao expor que “configura-se o abuso de direito desde o momento em que o acionista e diretor quis pelo véu da pessoa jurídica encobrir a responsabilidade das obrigações individuais que assumiu”⁴³⁴.

E, sendo um acionista controlador, por exemplo, é cabível o recurso à desconconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que não se encaixa em nenhuma das hipóteses de responsabilização pessoal do sócio controlador, previstas no artigo 117, da Lei de Sociedades

⁴³⁰ “Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.” Cf. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁴³¹ BRASIL, 2015, grifo nosso.

⁴³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; MARTINS, Irena Carneiro. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo. **Coleção repercussões do novo CPC: direito civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 14, p. 261-282.

⁴³³ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 31.

⁴³⁴ REQUIÃO, R., 1969, p. 22.

Anônimas⁴³⁵, que é uma regra geral de responsabilidade do controlador e faz parte do regime jurídico societário, sem ser uma exceção. Ademais, também neste caso defende-se o recurso ao levantamento do véu da personalidade jurídica por estarem presentes os requisitos necessários para a sua aplicação: abuso da personalidade jurídica por meio de confusão patrimonial.

Contudo, mesmo após a edição do Código Civil de 2002, ainda persiste a adoção indiscriminada e sem a devida fundamentação da desconsideração da personalidade jurídica. Neste sentido, Marcio Tadeu Guimarães Nunes assevera que tal atitude pode vir a violar direitos fundamentais postos na Constituição Federal pátria⁴³⁶, como aquele posto no artigo 5º, XLV⁴³⁷, bem como ameaçar o princípio da segurança das relações jurídicas⁴³⁸.

Ademais, este tipo de atitude desvaloriza e enfraquece diversos outros institutos do direito pátrio, que tem o seu regime próprio e consequências específicas, até mesmo as hipóteses de responsabilização direta do administrador ou do sócio. Um destes institutos é a própria simulação, objeto de estudo desta pesquisa. Outro exemplo seria quando constatada a fraude contra credores, de modo que o credor poderia ingressar com a ação pauliana para ter defendido o seu direito, e não pela desconsideração da personalidade jurídica, que deve necessariamente ser constatada através de processo de conhecimento⁴³⁹.

⁴³⁵ “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.” Cf. BRASIL, 1976.

⁴³⁶ NUNES, 2007, p. 34-35.

⁴³⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;” Cf. BRASIL, 1988, grifo nosso.

⁴³⁸ NUNES, op. cit., p. 139.

⁴³⁹ Ibidem, p. 143.

Haveria, assim, o risco da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se tornar um mecanismo que regula de forma supérflua diversos ilícitos ou defeitos dos atos jurídicos, os quais já estão expressamente disciplinados por institutos próprios individualizados. Ou seja, há regramentos específicos para as diversas situações que atualmente estão sendo equivocadamente inseridas na referida teoria, de modo que se recorre a esta para serem aplicados os seus efeitos próprios, ignorando aqueles que são característicos para cada situação⁴⁴⁰.

E, além desta possível fragilização de outros institutos existentes no ordenamento jurídica pátrio, há ainda o receio de que o uso recorrente da desconsideração da personalidade jurídica venha a desgastar a própria personalidade jurídica. Explica-se: os efeitos práticos obtidos pela responsabilização direta e pessoal do administrador e pela desconsideração da personalidade jurídica podem ser semelhantes, ou até os mesmos; contudo, no segundo caso se estará desgastando esta barreira que é a personalidade jurídica da pessoa jurídica. Isto fragiliza as sociedades empresárias.

Ademais, todas estas normas que regulam situações de responsabilização direta do sócio, em solidariedade ou não com a sociedade, bem como aquelas que determinam as consequências para os defeitos dos atos jurídicos *lato sensu* são normas gerais que compõem o regime jurídico societário⁴⁴¹ e do Direito Privado. Por isso, elas não podem ser simplesmente substituídas por uma regra de exceção, posto que a prioridade não é dada a esta.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Irena Carneiro Martins, nesta linha de compreensão, afirmam que “o ordenamento jurídico brasileiro prescinde, em muitos casos, da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, a desconsideração da personalidade jurídica parece um caminho sem volta”⁴⁴².

Acompanha esta linha de raciocínio Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao asseverar que “não devem ser tomadas como de desconsideração, igualmente, as situações em que o mau uso da pessoa jurídica decorre de vício do negócio jurídico, que conduz à aplicação das **normas gerais nulidade** ou de anulação [...] **por simulação**, por fraude a credores e assim por diante”⁴⁴³

Para a presente pesquisa, importa perceber que, na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não haverá a nulidade de qualquer ato, não há uma simulação, um negócio jurídico aparente. Há o uso abusivo pontual da personalidade jurídica, que não será

⁴⁴⁰ NUNES, 2007, p. 101.

⁴⁴¹ GONÇALVES NETO, 2016c, p. 111.

⁴⁴² BORGES; MARTINS, 2017, p. 261-282.

⁴⁴³ GONÇALVES NETO, op. cit., p. 112-113, grifo nosso.

extinta, mas que terá seu efeito suspenso temporariamente de modo que se viabilize atingir o patrimônio pessoal dos sócios.

Por meio da análise de tais características, constata-se que a sua aplicação deve ocorrer de forma bastante restritiva, posto que as suas hipóteses são singulares e é uma situação excepcional.

4.3.2 Comparação entre os efeitos jurídicos práticos da desconsideração da personalidade jurídica e da configuração de simulação

A desconsideração da personalidade jurídica e a simulação estão em suas respectivas configurações atuais desde o Código Civil de 2002.

A título de introdução do tópico, apresentam-se as premissas teóricas acerca dos encontros e das causas que ensejam a exclusão mutua entre os institutos ora analisados. Em seguida, serão apresentados alguns casos práticos comumente apresentados pela doutrina nacional como sendo hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para destrinchá-los e adequá-los às conclusões deste estudo.

4.3.2.1 Premissas teóricas

A desconsideração da personalidade jurídica será aplicada sempre que se constate uma determinada situação específica, um caso concreto, que não leva à exclusão do sócio ou ao reconhecimento da nulidade da sociedade. Com a sua aplicação, é possível que determinado credor tenha seu crédito satisfeito através do patrimônio pessoal do sócio que deu causa a alguma das hipóteses legais.

Ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica é instrumento que viabiliza o excepcional alcance a patrimônio pessoal do sócio, desde que presentes os requisitos legais necessários, e por isso não deve se confundir com os efeitos específicos de outros institutos.

Para esta pesquisa, compreende-se que o instrumento da desconsideração da personalidade jurídica será utilizado sempre que verificadas as hipóteses da regra geral que o prevê, o artigo 50, do Código Civil de 2002. Desse modo, deve haver o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial para que o sócio seja pessoalmente responsabilizado, e não apenas, por exemplo, a constatação de fraude contra credores, que tem seus efeitos jurídicos próprios para tutelar o direito do credor, conforme vem sendo defendido.

Raimundo M. B. Carvalho sintetiza que consiste “em desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, **no caso concreto**, [...], **toda vez** que a pessoa jurídica tiver sido deliberadamente utilizada com fins contrários ao direito”⁴⁴⁴.

Diante deste conceito, cumpre rememorar o conceito de despersonalização apresentado por Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, para que seja promovida a distinção conceitual entre esta e a desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme já elucidado nesta pesquisa, a despersonalização sempre será definitiva e seus efeitos devem emanar para todas as relações jurídicas estabelecidas com a pessoa jurídica até então existente. É importante ainda verificar, caso a caso, eventuais direitos de terceiros de boa-fé e, conforme a viabilidade, preservá-los ou indenizá-los pelos danos sofridos, conforme já apresentado quando se tratou especificamente da simulação.

A desconsideração da personalidade jurídica, de outro modo, é pontual e ocorre de forma provisória. A autonomia subjetiva da pessoa jurídica perante as pessoas naturais que a compõem é preservada, sem que haja a extinção do ente coletivo personalizado⁴⁴⁵. Esta autonomia e distinção de personalidades apenas seria afastada temporariamente por ocasião de um fato concreto em que sejam preenchidos os requisitos necessários.

Sabe-se que a simulação poderá ser uma das causas de despersonalização da sociedade empresária, a depender da forma como se configure. Desse modo, é possível concluir que os institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da simulação não se confundem, ou seja, as situações que ensejem cada um destes são distintas, bem como os seus requisitos e efeitos jurídicos são diversos.

Contudo, os institutos não se excluem e há situações em que ambos estarão presentes, diante de uma sequência de atos jurídicos praticados. Isto poderá ocorrer de duas formas diversas. Uma se dará porque a desconsideração da personalidade jurídica é instrumento e a prática de um ato simulado poderá se adequar a uma das hipóteses que ensejam a sua aplicação. Outra é quando o reconhecimento da simulação revelará se é o caso ou não de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a apresentar aquele que deve ser responsabilizado.

No primeiro caso, tal fato ocorrerá sempre que este abuso da personalidade jurídica da sociedade empresária venha a se dar através de um ato simulado, sendo esta uma distinção de

⁴⁴⁴ CARVALHO, Raimundo M. B. Da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade: sociedade anônima e por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, v. 73, p. 22-38, jan./mar. 1989, p. 35, grifo nosso.

⁴⁴⁵ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014. p. 371.

extrema importância para a pesquisa. Esta constatação é importante para que se compreenda em que patamar estão ambos os institutos e o correto recurso a cada uma delas.

Assim, caso o abuso da personalidade jurídica, por ato que se adequa à prescrição do artigo 50, do Código Civil de 2002, ocorra através de uma simulação, além da nulidade do ato em si, poderá se recorrer à responsabilização pessoal do sócio que desencadeou tal situação. Esta seria uma das hipóteses em que a simulação serve de respaldo para aplicação da teoria excepcional da desconsideração da personalidade jurídica, desde que a simulação não esteja relacionada com o ato constitutivo da sociedade em si e de que tanto o ato simulado quanto o dissimulado, no caso da relativa, sejam realizados em nome da própria sociedade empresária.

Aquele que venha a realizar atos jurídicos simulados em nome da sociedade empresária, promovendo confusão patrimonial, o que revela o abuso da personalidade jurídica, deve ser responsabilizado diretamente. Um exemplo de simulação absoluta em que haja a confusão patrimonial é quando os sócios simulem a transferência de bens, sem que tal se efetive, com o intuito de benefício próprio através do argumento da separação patrimonial.

É possível ainda que os atos simulados, ou até mesmo os dissimulados, conduzam a um desvio da finalidade da pessoa jurídica. Por exemplo, em nome da pessoa jurídica, de forma simulada e vindo a abusar da sua personalidade própria, os sócios dissimuladamente firmam determinados negócios jurídicos que não possuem qualquer relação com a finalidade da sociedade empresária.

Neste sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região tem proferido reiteradas decisões em que entende ser a simulação uma das formas de desvio de finalidade da pessoa jurídica, que ensejaria a desconsideração da personalidade jurídica⁴⁴⁶.

Contudo, é importante ressaltar que o total desvio de finalidade, diverso daquilo que está prescrito no artigo 50, do Código Civil de 2002, significa a simulação *da* sociedade o que significa dizer que esta é nula. Isto porque não está sendo executado o objeto social expressamente previsto no ato constitutivo, o que demanda a análise do tipo de simulação que está sendo praticado e quais efeitos decorrem disso.

De outro modo, cabe a ressalva que de não é qualquer ato simulado praticado pela sociedade que possibilitará o recurso à desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas

⁴⁴⁶ “AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO: INEXISTÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA: IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DE BENS DOS SÓCIOS: INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO (DESVIO DE FINALIDADE) OU DE INDEVIDA TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL (CONFUSÃO PATRIMONIAL): DESCABIMENTO. Agravo de petição conhecido e desprovido.” Cf. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. **Apelação nº 1355200900710002/DF**. Relator: Desembargador Alexandre Nery de Oliveira, Data de Julgamento: 12/12/2012, Data de Publicação no DEJT: 15/02/2013.

aqueles que configurem o abuso da personalidade jurídica através do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

Por fim, conforme a segunda possibilidade exposta, há as situações que demandam a aplicação em conjunto dos efeitos da simulação e da desconsideração da personalidade jurídica. Exemplifica-se esta hipótese ora apresentada com a seguinte situação. Pessoa X figura como sócio aparente da sociedade A, em que é sócio real a Pessoa Y, que por razões específicas não tem a intenção de estar aparente nesta pessoa jurídica, apesar da sua real vontade e atuação serem a de ser sócio. Em um determinado episódio, X, conforme orientações de Y, pratica de ato que configura como exata hipótese de abuso da personalidade jurídica da sociedade.

Esta sequência de atos, ao serem aplicados os institutos da simulação e da desconsideração da personalidade jurídica, irão desencadear na responsabilização pessoal de Y. Assim, no caso concreto, estão configuradas hipóteses que ensejam o reconhecimento da simulação e a aplicação do artigo 50, do Código Civil de 2002, de modo que sejam produzidos os seus respectivos efeitos.

Conclui-se, portanto, que não se excluem de forma automática, e esta não é a crítica que se pretende fazer com a presente pesquisa. O que se pretende afastar é a aplicação indiscriminada da desconsideração da personalidade jurídica em casos de evidente simulação, o que acarreta na designação de efeitos jurídicos equivocados, com base nas críticas apresentadas no tópico anterior sobre tal teoria.

Neste sentido, leciona Irena Carneiro Martins⁴⁴⁷, ao expor que em muitos casos pode ter mesmo ocorrido simulação, faz a seguinte crítica, que reflete o mesmo entendimento adotado nesta pesquisa:

Ao socorro de eventuais críticas às dificuldades probatórias da simulação, por exemplo, e por conta de tal dificuldade optar, por leviandade ou simplicidade, pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Konder Comparato (1983, p. 258) expõe a admissibilidade de se comprovar a simulação 'no curso do processo por meio de indícios e circunstâncias' diferentemente do que seria admissível no processo penal.

Deve-se primar pelo devido processo legal, para que haja a correta constatação da situação posta e aplicação dos efeitos correlatos. O que não se pode admitir é o fato de que a mera intenção de executar patrimônio do devedor seja o motivo determinante para se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ MARTINS, Irena Carneiro. **A importância da limitação da responsabilidade de sócios e da delimitação da responsabilidade de administradores para as relações econômicas no ordenamento brasileiro**. 2008. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. p. 94.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 99.

É o exemplo da constituição de nova pessoa jurídica com a única e exclusiva intenção de encobrir ato ilícito que seria imputada à pessoa jurídica anterior, vindo a responsabilizá-la. Assim, considerando que não foi detectado qualquer outro fato que despertasse a vontade de constituir nova pessoa jurídica nos sócios, entende-se que não houve a prática de ato jurídico conforme a autonomia privada, mas uma manifestação de vontade dissonante da real intenção das partes. Portanto, deve ser reconhecida a nulidade do novo ato jurídico.

Desse modo, reconhecida a simulação, necessário que se investigue se há negócio jurídico dissimulado e qual o motivo para estar sendo encoberto, para então serem analisados os efeitos próprios que serão desencadeados.

Todo o estudo realizado, em consonância com os princípios constitucionais apresentados e que devem ser aplicados no âmbito civil, demonstra que não se deve dar espaço à aplicação arbitrária dos institutos que, apesar de darem mais trabalho ao julgador, possuem respaldo legal. Nesta pesquisa entende-se que o fim não deve justificar o meio.

A devida compreensão dos institutos analisados nesta pesquisa é também o que permite conferir o espaço real para a autonomia privada, posto que ao se afastar estas decisões arbitrárias e precipitadas, não se estará valorizando apenas a satisfação de créditos, mas os elementos do ordenamento jurídico como um todo. É este espaço de atuação livre do empresário que deve ser protegido e que é o objeto desta pesquisa.

Conclui-se, então, que deve ser analisado, caso a caso, quais institutos e respectivos instrumentos devem ser utilizados, sempre com enfoque em qual medida será mais eficaz. Assim, caso a despersonalização seja medida drástica, posto que o ato constitutivo é lícito e o objeto social indicado neste vem sendo executado regularmente, e esteja configurado o abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, ainda que se dê por simulação de um único ato jurídico praticado, é necessário que se recorra à desconsideração da personalidade jurídica.

Defende-se que o afastamento episódico da eficácia da personalidade jurídica não deve ter as suas hipóteses alargadas, pois nem sempre será o melhor recurso diante de um ato ilícito. É o caso em que a despersonalização é a medida eficaz, pois o ato constitutivo é simulado, nem o objeto social exposto será executado, pois esta não é a vontade das pessoas que fizeram parte deste negócio jurídico. Reconhecida a simulação do negócio jurídico, verifica-se que há uma resposta específica no ordenamento jurídico, que não pode ser afastada em privilegio de uma situação excepcional que não será eficaz.

4.3.2.2 Análise de casos práticos

Para melhor visualização da matéria e das distinções sobre os institutos estudados, passam-se a analisar alguns exemplos que são apresentados pela doutrina como casos de desconsideração da personalidade, para, sob o enfoque desta pesquisa, verificar se de fato a situação enseja a ineficácia temporária da pessoa jurídica ou a nulidade dos atos jurídicos. Ressalta-se que serão aplicados aos casos as leis atualmente vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, verifica-se que a casuística é o que viabilizará a verificação exata de qual instituto deve ser aplicado. Os exemplos trazidos sobre a matéria podem dar ensejo a diversos efeitos jurídicos, a depender de variáveis que possam se apresentar no caso concreto.

Neste sentido, apresenta-se em primeiro lugar, para análise sobre as bases desta pesquisa, o caso prático extraído da obra de Rubens Requião⁴⁴⁹, nos seguintes termos⁴⁵⁰:

No auge dos preconceitos raciais, certo tribunal americano foi convocado para decidir uma pendência de fundo racial. Extensa gleba de terras fôra loteada, e em cada um dos contratos se condicionou que em nenhum caso podiam os lotes ser transferidos à propriedade de gente de côr. Posteriormente alguns dêsses terrenos foram transferidos a uma pessoa jurídica cujos membros eram todos negros. A pessoa jurídica conhecia a limitação contratual, mas mesmo assim resolveu enfrentá-la, com fundamento de que a pessoa jurídica é o sujeito de direito que deve ser radicalmente distinguida de seus membros componentes. A pessoa jurídica não pode ter côr, pois começa por não ter corpo, senão unicamente por uma consideração puramente legal. A decisão do tribunal assim fundamentada, foi, de resto, criticada por alguns autores, que não se conformavam que fosse negado o levantamento do véu da personalidade jurídica que encobria manobra para fraudar a restrição contratual, encobrindo as pessoas negras que as compunham.

Em análise ao caso acima relatado, é possível compreender a indignação daqueles que insistiam por alguma resposta do tribunal diante de um caso em que pode ter havido uma fraude à lei. Mais uma vez, como vem sendo destacado, é necessário que se questione qual a real intenção dos sócios que compunham a pessoa jurídica que pleiteou pela propriedade e se esta vontade tem amparo no ordenamento jurídico. É importante que sejam feitos os seguintes questionamentos: (i) houve *affectio societatis*? (ii) a pessoa jurídica vinha desempenhando o seu objeto social e era este lícito ou não proibido? (iii) houve intenção de burlar a regra que impossibilita a aquisição da propriedade por pessoas negras?

Caso se verifique que a pessoa jurídica fora criada com o único e exclusivo objetivo de burlar a lei que impossibilitava a aquisição da propriedade das referidas glebas por pessoas

⁴⁴⁹ REQUIÃO, R., 1969, p. 20.

⁴⁵⁰ É necessário que se faça a ressalva de que nesta pesquisa não se analisa a questão racial do caso mencionado, mas apenas os requisitos formais quanto à licitude dos atos praticados.

negras, que não viria a desempenhar qualquer empresa, mas apenas adquirir o bem imóvel para os sócios que estavam por trás da personalidade jurídica, houve uma simulação. Neste caso, as respostas para as questões (i) e (ii) é não. Isto porque a vontade simulada é a de constituir uma pessoa jurídica, enquanto que a dissimulada é a de determinadas pessoas serem proprietárias de um determinado bem.

Independentemente de serem estas pessoas negras ou não, pois já fora destacado que a simulação nem sempre vai encobrir um negócio ilícito, a resposta correta para o caso de não haver *affectio societatis* é justamente a nulidade do ato constitutivo. Em seguida, deve-se verificar qual o negócio dissimulado, aquele que os sócios tentaram esconder. Ao se verificar que havia determinadas pessoas naturais por trás da simulação que iriam de fato adquirir o bem, questiona-se se elas poderiam ou não ser proprietárias, conforme o ordenamento legal vigente. Neste caso citado, não poderiam, pelo que se constata que a simulação encobria um ilícito.

Diante deste caso em específico, com as variáveis até então postas, conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica não conferiria o efeito jurídico correto e mais eficaz. Isto porque a mera ineficácia momentânea da pessoa jurídica apenas viabilizaria a responsabilização pessoal dos sócios por atos praticados, de modo que a sociedade constituída continuaria existindo. Neste primeiro cenário posto, não haveria porque a pessoa jurídica ser mantida, pois a sua constituição se deu apenas com o intuito de esconder a vontade real daqueles sócios.

Contudo, caso as respostas para as questões (i), (ii) e (iii) seja sim, é adequado o recurso à desconsideração da personalidade jurídica. Isto porque não há motivo para se desconstituir uma sociedade que fora constituída para fins lícitos e permitidos pelo sistema legal vigente, os quais vêm sendo devidamente executados, mas a sua personalidade jurídica foi utilizada de modo abusivo pelos seus sócios, de modo que houve um desvio da sua finalidade, para que fosse satisfeito um interesse pessoal deles. Neste caso, constatadas as hipóteses legais para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é através dela que será atingido o efeito correto.

Por fim, como último cenário possível diante da situação prática descrita por Rubens Requião, é possível que as respostas para as questões (i) e (ii) seja sim, mas para o quesito (iii) seja não. Neste caso, o tribunal iria de fato se deparar com o questionamento que foi feito, qual seja, se pessoa jurídica tem cor. Isto porque a sociedade, no caso, se apresentou como interessada pelo terreno e ela própria seria a proprietária do bem, e não os seus sócios, de modo que não há nesta hipótese qualquer ato ilícito. Caso estas fossem as variáveis do caso, o tribunal conferiu a resposta correta e adequada ao caso.

Na sequência, em segundo lugar, apresenta-se a situação hipotética formulada por Fábio Ulhoa Coelho, nos seguintes termos⁴⁵¹:

A segunda hipótese exemplificativa diz respeito a *Benedito* e *Carlos*, únicos sócios de uma sociedade anônima dedicada ao ramo de mudanças. Os negócios prosperam, mas um motorista empregado da sociedade, conduzindo imprudentemente o caminhão com uma importante mudança, provoca sério acidente de trânsito, com diversas vítimas e danos de monta. Em decorrência, a sociedade está respondendo a processo de indenização, que, julgado procedente, implicará a condenação da pessoa jurídica em valores expressivos, sendo provável a sua falência. *Benedito* e *Carlos* decidem, então, constituir uma outra sociedade de mudança, de tipo limitada, com sede em endereço diferente, funcionários próprios, novas instalações e novos veículos. Não investem mais na primeira sociedade, deixam de renovar-lhe a frota, abandonam projetos de qualificação de pessoal, não gastam com publicidade, e, aos poucos, seus clientes são conquistados pela segunda, em cuja empresa os dois estão empregando o melhor de seus esforços. Quando a condenação judicial, em decorrência do acidente, transita em julgado e é executada, a companhia devedora não possui mais movimento econômico ou bens suficientes para responder pelo devido. A limitada, ao contrário, é econômica e patrimonialmente forte. *Benedito* e *Carlos*, ao constituírem a nova sociedade, realizaram ato plenamente legal; ao se interessarem mais pelo sucesso dela do que pelo da primeira, também não incorreram em nenhuma prática irregular; não desviaram bens nem funcionários da primeira para a segunda sociedade, e a conquista da clientela deu-se em razão da melhor qualidade dos serviços prestados por esta última. No entanto, se for dada atenção ao princípio da autonomia das pessoas jurídicas, os interesses legítimos das vítimas do acidente restarão frustrados: como a sociedade limitada não se confunde com a anônima – aliás, ela nem sequer existia ao tempo do surgimento da obrigação (a época do acidente) –, não é possível responsabilizá-la por dívida dessa última.

Adiante, o referido autor conclui que esta seria uma das hipóteses em que se excepciona o princípio da autonomia da pessoa jurídica, havendo a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo, para que então fossem satisfeitos os créditos decorrentes do acidente e assim coibida a fraude perpetrada⁴⁵². Nesta pesquisa, contudo, discorda-se da conclusão apresentada, pois se considerada de extrema importância a análise de outros elementos para que assim sejam atingidos os efeitos jurídicos adequados.

Novamente, devem ser feitos alguns questionamentos e, a partir das diversas respostas possíveis, serem atingidas as conclusões deste estudo, com base em todas as premissas teóricas já apresentadas. Em face das peculiaridades nesta situação em específico, importa perguntar se: (i) continuou existindo *affectio societatis* para esta nova sociedade? (ii) houve intenção real de constituir nova sociedade ou de tentar esconder uma situação?

Considerando que os sócios estavam satisfeitos com a primeira sociedade, o seu objeto social estava sendo devidamente exercido, e não havia, até o momento em que se deu o acidente, qualquer motivação para a constituição de nova sociedade, entende-se que não há uma real vontade em se constituir nova pessoa jurídica. A *affectio societatis* de fato continua existindo,

⁴⁵¹ COELHO, 2014, p. 57-58.

⁴⁵² Ibidem, p. 63-64.

mas entende-se que ela não é uma vontade real das partes em constituir nova sociedade, em resposta aos questionamentos (i) e (ii).

Assim, diante deste cenário, compreende-se que é possível sim concluir que o ato constitutivo desta segunda sociedade é nulo por simulação, mesmo diante de todos os argumentos apresentados pelo mencionado autor. Seja a sociedade anônima, seja a limitada, o seu sucesso na atividade estaria atrelado à forma de execução que é empreendida e organizada pelos sócios, de modo que a alteração de um tipo societário para o outro não foi desencadeada por esta intenção de melhor gestão ou execução da empresa.

Considerando que houve sim uma simulação, há nulidade, o que independe de saber se houve prejuízo a qualquer terceira pessoa. O que importa é verificar que a vontade declarada está em dissonância com a real intenção das partes que firmaram o específico negócio jurídico, de modo que há nulidade absoluta do negócio jurídico por ser simulado. Sendo nulo, não há sociedade limitada, mas apenas a anônima, de modo que os bens seriam todos desta. Importante ressaltar que devem ser preservados os direitos dos terceiros de boa-fé, inclusive empregados, de modo que estes atos devem ser analisados de forma individualizada.

Ademais, a mera alteração de regime não leva à extinção da pessoa jurídica e tampouco prejudica os direitos dos credores, conforme expresso no Código Civil de 2002⁴⁵³. É possível que continue existindo com o mesmo registro uma sociedade empresária que inicialmente adotava o regime das anônimas e, em seguida, passe a ser uma limitada. Contudo, caso se considere que, em qualquer instante, seja antes ou depois do acidente, os sócios tiveram a real intenção de criar nova sociedade empresária limitada, ao vislumbrarem inovações específicas e que este regime seria para eles mais benéfico, de modo que vislumbravam resultados melhores para a consecução da empresa, não há aí ilícito. A resposta às questões (i) e (ii) seria, então, de que houve intenção real em se constituir nova sociedade com o fim de melhor execução da atividade proposta.

A conclusão atingida pelo autor supracitado é contraditória, pois caso se compreenda que o ato foi lícito, como viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica? Se todos os atos jurídicos praticados são lícitos e estão em consonância com a lei, deveria ser respeitada a autonomia da pessoa jurídica, e não a excepcionar apenas para a satisfação de um crédito. Ou é ilícito, e se reconhece a simulação, ou é lícito e respeita-se o exercício da autonomia privada.

⁴⁵³ “Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se. [...] Art. 1.115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores”. Cf. BRASIL, 2002.

Para que fosse possível aplicar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada, dever-se-ia comprovar que houve um abuso no seu uso, através do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, situações estas que não são comprovadas pelo autor, mas, muito pelo contrário, são negadas. Sequer houve transferência de bens entre as sociedades, ato este que também poderia ser questionado através da fraude contra credores, o que viabilizaria a anulação do negócio de transmissão onerosa de bens em específico.

O terceiro e último caso a ser analisado é citado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁴⁵⁴:

[...] uma sociedade entre marido e mulher, casados sob o regime de separação de bens (não obrigatória, dada a proibição do art. 977). A pessoa jurídica da sociedade por eles constituída pode servir para simplificar as relações comerciais que o casal ajusta, em comum, com terceiros; os atos que pratica são válidos e eficazes. Se essa sociedade, porém, for utilizada para desvirtuar o regime de bens do casamento, não produzirá, no que respeita aos atos praticados, os efeitos que seriam produzidos pela pessoa jurídica (de autonomia patrimonial, de ser o patrimônio social diverso do de cada sócio que a compõe etc.), seja no que respeita ao patrimônio, seja no que respeita à participação dos cônjuges no capital social ou no acervo societário e assim por diante.

Neste caso em específico, as premissas apresentadas pelo autor estão bem delimitadas e não se verifica a necessidade de serem feitos diversos questionamentos para atingirem conclusões diversas. Há apenas a necessidade de organizar as situações e os institutos aplicáveis em específico.

Considera-se que a sociedade foi efetivamente constituída em consonância com a real intenção dos sócios, de modo que executa a empresa corretamente, não há qualquer ilicitude ou contradição a direito. Contudo, em situações específicas em que se utilize esta personalidade jurídica para “desvirtuar o regime de bens do casamento”, é possível que se configure uma simulação, ao passo em que se demonstre que a real intenção foi a de esconder estas transmissões de bens ou quaisquer outros atos que se enquadrem no referido ilícito. Houve um desvio da finalidade através de um ato simulado, o que enseja a desconsideração da personalidade jurídica para serem responsabilizados os sócios pessoalmente.

Este último caso em específico revela a hipótese em que um ato simulado é adequado como hipótese legal para justificar o recurso à desconsideração da personalidade jurídica. Como já vem sendo defendido, é possível que haja este encontro, o qual viabilizará que sejam atingidas as respostas adequadas aos casos práticos.

Conclui-se que a análise destes casos práticos apresentados pela doutrina nacional permitiu uma melhor visualização dos efeitos que serão atingidos e da real necessidade de ser aplicado cada um dos institutos. Também foi possível constatar que o recurso a um instrumento

⁴⁵⁴ GONÇALVES NETO, 2016c, p. 110.

equivocado pode não resolver a questão, mas apenas, de forma paliativa, mitigar os efeitos danosos, sem que, contudo, seja conferida a solução adequada que o ordenamento jurídico prevê.

5 OS LIMITES ENTRE O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A SIMULAÇÃO ATRAVÉS DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

O quarto capítulo desta dissertação busca revelar alguns mecanismos e formas de agir dos empresários que estariam no limite entre o reconhecimento de uma simulação e o exercício através da sua autonomia privada. O receio em ter um ato por si praticado reconhecido como nulo é causa de insegurança jurídica, o que motiva este estudo em sua tentativa de apresentar os contornos da simulação.

Inicialmente, apresenta-se o conceito daquilo que é comumente chamado por “laranja” e quais as formas em que normalmente é empregada esta figura, através da elucidação dos conceitos de sócio, administrador e procurador.

Subsequentemente, passam a ser estudadas formas de organização e gestão do patrimônio, seja em território nacional ou no exterior, para que seja fortalecido o espaço da liberdade negocial. Para tanto, é necessário compreender como poderá estar configurada a simulação em tais situações.

5.1 O USO DE INTERPOSTAS PESSOAS (“LARANJAS”) COMO FORMA DE SIMULAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS NO BRASIL

A figura do “laranja” tem sido muito abordada nos meios de comunicação brasileiros e ele poderá aparecer em situações diversas, que passam a ser expostas. O “laranja” é o sócio fictício, independentemente do percentual do capital social que aparentemente detenha, indicado com o intuito de criar a ilusão de uma determinada situação.

É possível que se recorra a esta simulação com o intuito de se burlar a regra da responsabilidade ilimitada do empresário individual. Ademais, é possível ainda que haja um “laranja” quando o sócio real não está no quadro de sócios, mas é o administrador, quando o sócio real é mero procurador, ou quando o sócio real sequer aparece em qualquer ato, assumindo o risco para tanto.

Ademais, a compreensão do que seria este sócio aparente – “laranja” – no início do capítulo é importante para o estudo subsequente, pois poderá ser um recurso adotado em planejamentos patrimoniais ou na constituição de *offshore company*, quando simulados.

5.1.1 Conceito de sócio, administrador, procurador da sociedade empresária e de sócio “laranja”

Sócio é aquela pessoa, natural ou jurídica, que compõe o quadro societário, tendo personalidade jurídica e patrimônio distintos daqueles da correspondente sociedade. Os direitos e obrigações do sócio estão elencados no Código Civil de 2002 e a partir deles é possível compreender os elementos básicos para o seu conceito.

Será sócio todo aquele que tenha a obrigação de contribuir com a constituição do capital social, conforme prescreve o artigo 1.004, do supramencionado diploma legal. É ainda sócio aquele que tem o direito de participar dos resultados sociais, de modo que será nula qualquer estipulação contratual em sentido contrário, de acordo com o seu artigo 1.008.

O *statu socii* representa os “direitos, deveres e obrigações atribuídos a um sócio ao firmar um contrato plurilateral associativo”⁴⁵⁵. É, portanto, uma situação subjetiva adquirida por aquele que expressa a sua vontade no sentido de ser sócio, celebrando um negócio jurídico livre de vícios.

O administrador da sociedade empresária pode ser sócio ou não e, portanto, a sua definição é diversa da desta figura ora apresentada. Administrador é determinada pessoa ou pessoas:

[...] escolhida(s) pelos sócios para com exclusividade fazer(em) uso da firma ou denominação da sociedade, a fim de desempenhar zelosa e proativamente as funções que, internamente e perante terceiros, favoreçam no mundo jurídico o exercício da empresa e a consecução dos objetivos sociais⁴⁵⁶.

O administrador pode, então, fazer uso da firma ou denominação de determinada sociedade empresária com o fim de maximizar o exercício desta empresa, do seu objeto social⁴⁵⁷. Para tanto, tem o dever de empregar o zelo necessário, expressamente posto no artigo 1.011, do Código Civil de 2002, ao consignar que agir com “o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

A figura do administrador não-sócio foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a edição do Código Civil de 2002, em seu artigo 1.061, que prevê como quórum para a aprovação da nomeação a unanimidade, se o capital social não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), caso já integralizado. Esta nomeação poderá ser feita no próprio contrato social

⁴⁵⁵ SILVA, 2016, p. 220.

⁴⁵⁶ GONÇALVES, Júlio Cesar Pogorzelski. **O administrador não sócio nas sociedades limitadas**: deveres jurídicos e responsabilização. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 45.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 43.

ou em ato apartado, registrado na Junta Comercial, e é figura distinta do gerente-delegado da Lei Civil de 1916, posto que este representava sócio em específico instituído para tal função⁴⁵⁸.

Por fim, importa apresentar que o administrador não é equivalente ao procurador ou mandatário da sociedade⁴⁵⁹, posto que aquele assume função com pluralidade de direitos e deveres inerentes ao órgão que compõe, a administração⁴⁶⁰. Já o procurador ou mandatário é posição que advém do contrato de mandato, através do instrumento de procuração, regulado pelos artigos 653 a 666, do Código Civil vigente.

O mandatário recebe poderes conferidos pelo mandante para que, em nome próprio, pratique atos ou administre os interesses deste. Não são inerentes ao mandato todos os deveres que assume o administrador e, até 2014, tampouco havia a necessidade de informar à Junta Comercial aquelas procurações lavradas por instrumento público, conforme se passará a expor.

O sócio “laranja” é aquele fictício, que figura aparentemente nos contratos plurilaterais constitutivos de sociedades empresárias, quando se pretenda esconder alguma determinada situação. Sempre que houver um “laranja”, haverá a prática de uma simulação subjetiva, que pode ser absoluta ou relativa.

No que tange ao conceito de sócio, é possível concluir que o “laranja” não apresenta quaisquer dos seus elementos configuradores. O “laranja” não deve ter jamais contribuído com a constituição do capital social e tampouco deve participar dos resultados sociais. Fazê-lo por um ato dissimulado não tem validade para tanto, pois se sabe que há um sócio dissimulado que em verdade é quem quita a participação societária e participa dos lucros e das perdas.

É necessário que se analise cada caso em concreto para se concluir qual o tipo de simulação está sendo empregado. Por exemplo, o sócio real que não quer ingressar e figurar em determinada sociedade por ter algum impedimento de participar de uma licitação e indica um “laranja” pratica uma simulação relativa subjetiva.

Nesta situação delineada, é possível que se conclua pela simulação ao se constatar, por exemplo, que o sócio simulado não promoveu qualquer investimento na sociedade. Todos os aportes financeiros advinham do patrimônio ou da conta bancária do sócio dissimulado.

É simulação porque, conforme o quanto elucidado nos capítulos anteriores, as partes fingem uma determinada situação, um dado negócio jurídico, enquanto que em verdade são produzidos os efeitos de outro negócio que está escondido, o qual fora dissimulado pelas partes.

⁴⁵⁸ GONÇALVES, 2016, p. 51.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 43-44.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 45.

As motivações para indicar um “laranja” no quadro societário são diversas e é possível tentar elencar outros exemplos. Condições especiais daquela pessoa em específico que, caso figurasse como sócio, poderiam impedir a celebração de determinados contratos, seja com o poder público ou ainda com outros particulares.

Outra seria evitar a incidência de determinadas normas jurídicas, a exemplo da tentativa de inserir no conceito de microempresas ou empresas de pequeno porte diversas sociedades que tenham um mesmo sócio e, por isso, não poderiam usufruir dos benefícios do Simples Nacional, por expressa previsão do artigo 3º e parágrafos da Lei Complementar nº 123, de 2006⁴⁶¹. Ademais, é interessante observar que esta mesma Lei Complementar indica, em seu artigo 29, inciso IV, que a presença de interpostas pessoas no quadro societário é causa para a exclusão

⁴⁶¹ “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). § 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. § 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses. § 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados. § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações. XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.” Cf. BRASIL. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

de ofício do Simples Nacional, o que independe da constatação de quaisquer outros elementos, tendo em vista que há expressa previsão legal.

Portanto, concluímos que o sócio real ou de fato que esteja dissimulado é aquele que não quer aparecer ou figurar nos atos societários. Passa-se à análise de como este poderá figurar ou não como administrador não-sócio da sociedade ou como mandatário da sociedade ou do sócio fictício e, por isso, a importância em apresentar tais conceitos.

5.1.2 O sócio real como administrador, procurador ou que não figura em qualquer ato

O sócio real pode fingir a sua situação através de diversos mecanismos, os quais podem lhe conferir maior ou menor grau de segurança, considerando que pratica ilícito e o ordenamento jurídico não lhe confere qualquer proteção ou aparato para tanto. Os riscos são assumidos pelas partes que figuram na simulação.

O sócio dissimulado poderá ser o administrador não sócio da sociedade empresária que em verdade controle e seja real detentor da participação societária e destinatário de fato dos resultados. Esta é uma forma mais frágil de se promover uma simulação, tendo em vista que o Código Civil exige a sua designação no próprio ato constitutivo ou em ato apartado que também deverá ser arquivado na Junta Comercial.

Além disso, a Lei de Registro Público de Empresas Mercantis exige, em seu artigo 27, inciso II, a apresentação perante a Junta Comercial da declaração do titular ou administrador de não estar impedido de exercer o comércio ou a administração de sociedade empresária.

São diversos os mecanismos para dar publicidade à figura do administrador da sociedade empresária, o que dificulta a concretização do ilícito por este caminho. Tal cenário é benéfico no sentido de conferir maior segurança àqueles que assumem este cargo, posto que já são diversas as responsabilidades assumidas, inerentes à condição de administrador. Assim, o controle do ilícito através da publicidade confere maior segurança jurídica e, conseqüentemente, preserva a autonomia das partes.

Há ainda a possibilidade de configurar a simulação quando o sócio real seja procurador da sociedade empresária ou do sócio fictício. Nestes casos, o sócio real e interessado na execução da empresa receberia poderes através de procuração para atuar em nome dela. Dessa forma, não haveria qualquer registro, seja nos atos constitutivos ou em livros do empresário, com o nome do sócio real.

Tal alternativa conferiria ainda maior controle e alguma segurança àquele que pratica o ilícito, tendo em vista que assumiria poderes para agir sem que precisar aparecer em nenhum

ato registrado e, portanto, público a terceiros. Esta procuração pode ser por meio de instrumento particular ou público.

Esta forma de simulação foi enfraquecida no que tange à procuração feita através de escritura pública. Isto porque em 2014 houve a edição da Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) nº 28, que dispõe sobre o procedimento a ser adotado, no âmbito das Juntas Comerciais, para o arquivamento de procurações públicas encaminhadas pelos Tabelionatos de Notas.

O artigo 2º desta Instrução Normativa determina que:

As Juntas Comerciais devem arquivar procuração lavrada e encaminhada por Tabelionatos de Notas, que outorguem poderes de administração, de gerência dos negócios e/ou de movimentação de conta corrente vinculada de empresário individual, de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade empresária ou de cooperativa, utilizando ato e evento próprios para tal finalidade⁴⁶².

A intenção de esconder determinada pessoa do quadro de determinada sociedade resta limitada após este ato normativo. Caso não seja um instrumento particular, a procuração estará arquivada na Junta Comercial com os atos da sociedade empresária e, portanto, será pública e qualquer pessoa poderá obter uma certidão com o seu teor. Passa a ser possível tomar conhecimento também sobre quem são os procuradores da sociedade ou de qualquer um que pratique os atos elencados no dispositivo acima transcrito em nome desta pessoa jurídica.

A opção que resta ao sócio real que não pretende figurar em qualquer ato público é confiar no sócio “laranja” e indicá-lo como sócio e administrador da sociedade empresária fictícia. O sócio de direito é quem figurará nos atos e não haveria assim os elementos acima indicados para se evidenciar quem seria o sócio real.

Conforme já defendido nesta pesquisa, é possível que a simulação seja comprovada por indícios. A condição financeira do sócio fictício, o seu envolvimento com a atividade empreendida, a sua formação em área completamente distinta. Todos estes são fatores que podem contribuir, em conjunto, para a configuração da simulação *da* sociedade ou *na* sociedade, a depender do momento em que o “laranja” ingressou na pessoa jurídica e se há ou não sócios reais em sua conformação.

De acordo com o quanto já ressaltado no tópico referente à simulação *da* ou *na* sociedade empresária, é possível que seja considerado nulo o registro da pessoa jurídica

⁴⁶² BRASIL. Presidência da República. Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Secretaria de Racionalização e Simplificação. Departamento de Registro Empresarial e Integração. **Instrução normativa DREI nº 28, de 6 de outubro de 2014**. Dispõe sobre o procedimento a ser adotado, no âmbito das Juntas Comerciais, para o arquivamento de procurações públicas encaminhadas pelos Tabelionatos de Notas. Disponível em: <<http://www.drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-05/in-drei-28-2014.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

simulada, subsistindo o da dissimulada com o real quadro societário, se válido for. Poderá ainda ser nulo apenas o negócio jurídico de alienação das participações societárias, também devendo ser retificado o registro da sociedade empresária para que figurem aqueles que estão dissimulados.

5.1.3 As sociedades de fachada como forma de simulação em contraposição com a liberdade em figurar no ato constitutivo sócio com participação irrisória

É “laranja” também o sócio fictício que figure em sociedade de fachada. O “laranja” pode figurar no contrato social com participação irrisória ou não, pois o que importa para a sua classificação como tanto são outros elementos.

O sócio aparente figura no quadro societário apenas com a intenção de esconder a situação do sócio real, esquivando-se, por exemplo, de determinadas normas. Importa demonstrar porque nesses casos está configurada a simulação e quais seriam os seus efeitos.

A principal regra burlada com este tipo de simulação é a da responsabilidade limitada, posto que o empreendedor não podia gozar deste benefício até 2012 e depois desta data, tampouco poderá fazê-lo sem que atenda a determinados requisitos.

O empresário individual traz o benefício de não ter sócios, para aqueles que, pelas especificidades do negócio e por anseios particulares, desejam empreender sozinhos. Contudo, há o ônus de não ser possível limitar a sua responsabilidade pelas dívidas decorrentes da atividade empreendida. Além da simulação, que é um ilícito, apenas a criação da figura do empresário individual de responsabilidade limitada seria o mecanismo para que lícitamente se solucionasse tal impasse.

No Brasil, as discussões acerca da sua viabilidade têm início em meados do século XX, mas até o início do século XXI, não era observado qualquer movimento legislativo no sentido de inserir tal figura expressamente no ordenamento jurídico pátrio. Países da Europa, como Itália e França já previam tal possibilidade, por meio de institutos diversos, denominados como empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade unipessoal, sendo o quadro nacional até 2011 o seguinte, conforme Fran Martins⁴⁶³:

Comporta esclarecer que no solo pátrio a sociedade unipessoal não recebeu prestígio, apenas se admite provisória e transitoriamente, a fim de que seja regularizada a situação da sociedade; porém não se admite a constituição com apenas único sócio, ainda que possa empresarialmente ter tal conotação a subsidiária integral.

⁴⁶³ MARTINS, F., 2009, p. 91.

Historicamente, antes da edição da Lei nº 12.441, de 2011⁴⁶⁴, no Brasil, a ausência de legislação acerca deste instituto, possibilitando ao empresário individual empreender com limitação da sua responsabilidade patrimonial, desestimulava a iniciativa de empreendedores e fez surgirem anomalias, as denominadas sociedades de “fachada”. O empresário deseja exercer a sua empresa individualmente, mas para obter o benefício da limitação de responsabilidade, se une a um sócio de forma aparente, apenas para blindar o seu patrimônio pessoal.

Atualmente, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada é uma espécie de empresário prevista no ordenamento jurídico brasileiro, cujo único titular tem responsabilidade limitada pelas obrigações decorrentes do exercício da empresa. Vale ressaltar que a EIRELI tem responsabilidade ilimitada pelas suas próprias dívidas.

A Lei nº 12.441/11 inaugura este novo tipo de empresário, trazendo as seguintes alterações no Código Civil: a inclusão do o artigo 980-A e seus parágrafos, criando o Título I-A e regulando normas específicas e procedimentos de constituição, funcionamento e encerramento da EIRELI; insere o inciso IV no artigo 44, incluindo o novo instituto no quadro de pessoas jurídicas de Direito Privado; e altera o artigo 1.033, parágrafo único. Demais considerações serão tecidas nos capítulos seguintes.

Entretanto, parece que a edição desta lei não eliminou as situações das sociedades de fachada constituídas com sócios fictícios. Isto porque o capital mínimo para a sua constituição é muito elevado, de modo que não poderá ser inferior a cem salários mínimos. Assim, os empresários individuais ainda constituem sociedades de fachada para promover a limitação da sua responsabilidade, ao se unirem a um ou mais sócios, independentemente das respectivas participações societárias, burlando a regra legal vigente. Este é um sintoma de que a lei necessita ser alterada, adequando-se ao anseio social e possibilitando assim um fomento à economia.

A sociedade de fachada ou fictícia é a que revela uma violação legal, uma afronta ao ordenamento jurídico posto. Sylvio Marcondes Machado, neste sentido, determina que “a sociedade fictícia violaria disposição de lei, de ordem pública, que define os requisitos essenciais das referidas sociedades”⁴⁶⁵. É um caso de simulação absoluta *da* sociedade, pois não há intenção na constituição desta e não se encobre qualquer outro ato constitutivo ou negócio jurídico.

⁴⁶⁴ BRASIL, 2011.

⁴⁶⁵ MACHADO, 1956, p. 46.

As sociedades fictícias configuram uma situação de simulação que há muito tempo vem sendo adotada no Brasil. Segundo destaca Eduardo de Sousa Carmo, em 1989, “a sociedade unipessoal, por cotas de responsabilidade limitada, existe *ex facto* no Brasil”⁴⁶⁶.

Para que se considere uma sociedade de fachada e, assim, simulada, é importante que o sócio fictício jamais tenha contribuído com a formação do capital social, posto que todos os atos tenham sido praticados pelo empresário de fato. O sócio “laranja” não tem qualquer interesse em investir ou participar da atividade e tampouco terá participação efetivamente nos lucros e nas perdas.

Por isso é que não se pode restringir o conceito de sócio fictício àquele de sócio com participação irrisória, pois um fato não decorre do outro. O sócio de direito que detenha um pequeno percentual do capital social, caso tenha de fato contribuído para a sua formação e participe efetivamente dos lucros e perdas, é sócio de fato também. Esta distribuição do capital social está em consonância com a autonomia privada e, assim, afasta o ilícito pela simulação.

Conforme explanado no tópico acerca da simulação *da* sociedade empresária, ao se constatar que esta é nula e também o será o seu registro. É importante, portanto, investigar o que motivou tal acordo simulatório. No caso ora em análise, seria apenas a limitação da responsabilidade de um único indivíduo sem respeitar o capital mínimo exigido para tanto, de modo que ele poderá prosseguir com a atividade na modalidade de empresário individual.

Assim, se há simulação com a intenção mencionada da limitação da responsabilidade patrimonial, constata-se que há apenas uma pessoa com o intuito de empreender. Portanto, esta pessoa jurídica fictícia está encobrindo uma pessoa física que deveria figurar como empresário individual. O registro de sociedade empresária é, portanto, nulo. Caso o empresário individual persista com a sua atuação, será nesta modalidade e, sendo, conseqüentemente, a sua responsabilidade ilimitada.

Nesta situação, os atos praticados pela sociedade serão nulos, preservando-se os direitos dos terceiros de boa-fé.

⁴⁶⁶ CARMO, Eduardo de Sousa. Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, v. 75, p. 41-48, jul./set. 1989.

5.2 PLANEJAMENTO PATRIMONIAL E “BLINDAGEM PATRIMONIAL”: FORMAS LÍCITA E ILÍCITA DE ORGANIZAÇÃO DE PATRIMÔNIOS E SOCIEDADES

A atividade de organização patrimonial pode se dar através de diversos mecanismos, a depender da real intenção dos sujeitos envolvidos. Contudo, verifica-se que houve uma proliferação na constituição de pessoas jurídicas para serem praticados ilícitos, através de fórmulas mágicas para redução de custos oferecidas aos empresários, de modo que foi contaminada a visão sobre os planejamentos patrimoniais. A banalização do recurso a estas manobras faz com que perdure a já mencionada crise da função da pessoa jurídica.

Este tópico tem por objetivo realizar a distinção entre o que é ilícito, pela ótica dos negócios jurídicos simulados, detectando as possíveis nulidades em manobras para esconder o patrimônio ativo, e o que é meramente exercício da autonomia privada e da liberdade negocial, levando em consideração o espaço livre deixado à vontade das partes. Necessário para tanto que se compreenda o exato conceito de patrimônio, enquanto uma universalidade de direito.

Adota-se a distinção conceitual feita por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede, ao apresentarem o termo “blindagem patrimonial”, no sentido em que blindar estaria mais atrelado ao conceito de ocultação, de esconder, e, portanto, envolveria a concepção pejorativa que se tem deste tipo de estruturação⁴⁶⁷.

5.2.1 Conceito de patrimônio

Patrimônio é um conceito que está impregnado no cotidiano, sem que haja uma preocupação em delimitá-lo teoricamente, o que o torna um conceito vago. O primeiro recorte proposto é justamente promover a conceituação de patrimônio, para que adiante sejam apresentadas as formas de sua organização, principalmente no que tange ao patrimônio familiar.

Caio Mário da Silva Pereira leciona que o patrimônio seria “o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”⁴⁶⁸. Aduz ainda o referido autor que chega o patrimônio a ser um reflexo econômico da personalidade da pessoa natural.

Anteriormente à atual concepção que se tem acerca do patrimônio, algumas teorias foram elaboradas, em especial quanto à sua classificação enquanto universalidade. Sylvio Marcondes Machado, em sua obra, percorre algumas destas teorias, com destaque àquelas que

⁴⁶⁷ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 42-43.

⁴⁶⁸ PEREIRA, 2004, v. 1, p. 391.

se debruçaram em analisar as especificidades do Código Civil de 1916, à época vigente. O autor conclui, assim, que o patrimônio se trata de uma universalidade de direito⁴⁶⁹.

No Código Civil de 2002, o patrimônio continua seguindo esta mesma concepção, obedecendo o quanto disposto no seu artigo 91, *in verbis*: “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”⁴⁷⁰. Verifica-se que é essencial ao seu conceito a existência de valor monetário.

O patrimônio subdivide-se ainda em outros conceitos, os quais engloba. Seriam o patrimônio ativo, patrimônio passivo e patrimônio líquido. O primeiro conceito refere-se àquelas relações em que o titular figure como credor, ou seja, como o detentor do direito ao crédito. Já o passivo é o oposto deste, refletindo aquelas relações em que o titular seja o devedor e, portanto, contam de forma negativa em relação ao montante total. Por fim, patrimônio líquido é o resultado da subtração do patrimônio ativo menos o passivo⁴⁷¹.

Em face destas compreensões, afasta-se a ideia de que patrimônio é sempre uma universalidade ativa, ou seja, positiva em valores. O resultado da subtração acima mencionada pode ser negativo, caso em que as dívidas sejam em valor superior que os créditos, e nem por isso deixará de ser chamando de patrimônio.

No âmbito do direito empresarial, além da correta concepção sobre patrimônio, é crucial que seja traçada a distinção entre este e o capital registrado – que no presente estudo será sempre social, posto que se delimita o objeto de estudo às sociedades empresárias. A confusão que é normalmente feita decorre do fato de que o capital social, após totalmente integralizado, é o próprio patrimônio empresarial inicial⁴⁷², e apenas neste momento eles coincidem.

Com o início das atividades, o capital social registrado continua o mesmo, via de regra, a menos que seja feita alguma alteração contratual em acordo às normas vigentes, ao passo em que o patrimônio necessariamente sofrerá alterações. A partir deste momento, conforme ressaltam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede, “irá se formar o patrimônio empresarial, sendo garantido, preservado e relatado por uma escrituração contábil correspondente, cuja manutenção é obrigatória”⁴⁷³.

O último aspecto relevante a se considerar quanto ao patrimônio, em especial quando se estudam as possíveis formas de sua organização ou, em oposição, situações em que se configura

⁴⁶⁹ MACHADO, 1956, p. 227.

⁴⁷⁰ BRASIL, 2002.

⁴⁷¹ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 22.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 23.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 24.

uma simulação, é o princípio da garantia geral⁴⁷⁴. Tal norma prevê que toda a universalidade que compõe o patrimônio de uma pessoa servirá de garantia às dívidas que forem assumidas.

Em posição paralela a ele está o princípio da solvibilidade jurídica, cujo respaldo legal está posto no artigo 391⁴⁷⁵, cumulado com o já mencionado artigo 91, do Código Civil de 2002. Significa dizer que se pressupõe que o patrimônio ativo da pessoa será suficiente para que os seus débitos assumidos sejam todos satisfeitos. É possível que se encontre dificuldade na satisfação de débitos inadimplidos quando o patrimônio ativo esteja disposto em bens imóveis, de modo que o Direito Privado permite que algumas garantias sejam registradas diretamente neles, como a hipoteca ou o penhor. Contudo, o princípio da garantia geral não tem essa especificidade e presume como garantia toda a universalidade titularizada pelo devedor⁴⁷⁶.

É importante que se tenha esta compreensão, pois um dos aspectos que vai distinguir a organização patrimonial lícita e a simulação, através do que denominamos “blindagem patrimonial”, é justamente esta intenção em esconder patrimônio. O intuito desta mudança de titularidade é justamente para que o patrimônio ativo não esteja disponível para a satisfação dos débitos já existentes, como deveria estar, de modo a frustrar a real expectativa do credor.

5.2.2 Blindagem patrimonial: a ilicitude na tentativa de esconder patrimônio dos devedores

A apresentação do formato de planejamento patrimonial em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro necessita de uma prévia explanação sobre o que pode haver de ilícito nesta operação. Além da afronta ao ordenamento jurídico com um planejamento que meramente pretende uma blindagem patrimonial, foca-se neste estudo em expor de que forma a simulação pode estar configurada, ensejando a nulidade de determinados atos.

É, portanto, necessário esclarecer desde logo que a nomenclatura blindagem patrimonial é adotada como conjunto de ilícitos para esconder o patrimônio ativo de determinado sujeito.

Um dos primeiros métodos a que se recorria na tentativa de “proteger” o patrimônio ativo era com a mera transferência de bens a parentes, a amigos que se viam compadecidos com a situação do devedor ou a “laranjas”⁴⁷⁷. Esta transferência de bens era uma forma menos sofisticada de se proceder com a blindagem patrimonial e em relação à qual o ordenamento

⁴⁷⁴ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 27.

⁴⁷⁵ “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.” Cf. BRASIL, 2002.

⁴⁷⁶ MAMEDE; MAMEDE, op. cit., p. 28.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 44.

jurídico dá respostas específicas, pois se tratam de atos anuláveis através das regras referentes à fraude contra credores, instituto este apresentado em capítulo anterior.

Para tanto, é necessário que se comprove a precedência do crédito e o preenchimento dos requisitos já apresentados neste estudo para que o credor possa pleitear a anulação do ato de transferência e ter o seu direito ao crédito satisfeito. Não há simulação, posto que o intuito do negócio jurídico foi reduzir o patrimônio ativo em prejuízo dos credores, o que caracteriza a fraude contra credores. Tendo em vista que estes recebem proteção do ordenamento jurídico, os atos são anuláveis.

A blindagem patrimonial é uma forma mais rebuscada de se esconder patrimônio e que envolve diversos institutos e sujeitos, não figurando apenas como uma fraude contra credores, apesar de poder ser configurada tal hipótese dentre as ilicitudes praticadas. Um dos casos reais apresentado por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede é a Operação Bicho Mineiro⁴⁷⁸. Houve blindagem patrimonial, recorrendo-se a atos ilícitos, pois, conforme apresentam os autores, “o que se pretendeu foi ocultar bens para que a Fazenda Pública não conseguisse concluir a cobrança dos tributos”⁴⁷⁹.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede apresentam como possíveis atos ilícitos praticados por aqueles que realizam a blindagem patrimonial, com intuito de esconder patrimônio ativo de credores, os seguintes: uso de “laranjas”, utilização irregular de *offshores*, evasão de divisas, fraudes na escrituração contábil, maquiagem de balanços patrimoniais, negócios fraudulentos, dentre outros. É possível concluir, portanto, que a blindagem patrimonial engloba ilícitos civis, tributários e penais⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ A Operação Bicho Mineiro envolveu as sociedades empresárias Exportadora Princesa do Sul, Exprinsul Comércio Exterior, Cafezais de Minas Comércio e Exportação de Café, Armazéns Gerais Agrícola e Agropecuária Joker, as quais estariam promovendo o que se tem denominado por “blindagem patrimonial”. Esta operação foi um desmembramento da Operação Rotterdam, também realizada no estado de Minas Gerais, após a Procuradoria da República em Varginha ter se deparado com indícios de crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro. Segundo informações colhidas no site do próprio Ministério Público Federal, a denúncia referente a esta Operação envolve a acusação de “sete pessoas, entre elas, o presidente da permissionária que explora o Porto Seco, Cléber Marques de Paiva, de inserir informações falsas em contratos sociais e em outros documentos de consulta das autoridades públicas, para dissimular a real propriedade de diversas empresas, de modo a evitar que a execução do passivo fiscal dessas firmas os atingisse”. Além disso, segundo o MPF, com o intuito de os credores não encontrarem bens em nome dos devedores, “todas as empresas do grupo foram submetidas a inúmeras alterações contratuais, por meio das quais figuraram, como sócios e responsáveis administrativos, ‘laranjas’ (pessoas físicas que emprestaram o nome em troca de determinada quantia) e *offshores* localizadas em paraísos fiscais. A ‘blindagem patrimonial’, ao ocultar aqueles que seriam os reais proprietários das empresas, acaba por tornar seus ativos imunes à ação do Fisco e dos demais credores”. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Minas Gerais. **MPF denuncia os quatro empresários presos hoje pela Operação Bicho Mineiro**. Publicado em: 10/07/2008. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/criminal/mpf-denuncia-os-quatro-empresarios-presos-hoje-pela-operacao-bicho-mineiro>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁴⁷⁹ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 42.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 43.

É importante que a verificação dos atos ilícitos seja realizada de forma destacada, para que sejam aplicadas as respectivas consequências a cada um destes, em respeito ao sistema legal brasileiro. No que tange à identificação da simulação, reitera-se a importância de serem feitos os seguintes questionamentos: houve abuso da personalidade jurídica? Esta pessoa jurídica exerce ou exercia seu objeto social? Houve mera transferência de bens com o intuito de fraudar credores? A vontade subjetiva das partes envolvidas, bem como seus atos e comportamentos, condizem com a declaração de vontade constante nos documentos registrados ou apresentados a terceiros? Existia a intenção de ser sócio?

As diferentes respostas a cada um destes questionamentos podem conduzir a hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, ao reconhecimento de fraude contra credores ou à simulação *da* sociedade ou *na* sociedade. Deve-se ressaltar, porém, que é possível ainda que, a depender do teor destas respostas, chegue-se à conclusão de que os atos praticados são lícitos e revelam o mero exercício da autonomia privada do empresário ou dos sócios, conforme será exposto no tópico seguinte.

Atentando-se para as situações em que se configura a simulação, com foco nos objetivos pretendidos com a pesquisa, passam a serem expostas algumas situações em que a blindagem patrimonial recorrerá a estes atos jurídicos simulados.

Em tais práticas de blindagem patrimonial, por exemplo, é comum que se apele à constituição de sociedades empresárias em paraísos fiscais, as *offshore companies*, por se acreditar que a constituição de pessoas jurídicas em outros países dificultaria o rastreamento de registros das movimentações financeiras, dos bens e das pessoas envolvidas. Quanto a esta premissa, verifica-se a sua fragilidade pela forma como o Brasil regulamenta os paraísos fiscais e a sua atuação em âmbito nacional, que será exposta no tópico posterior.

Contudo, é possível que em tais paraísos fiscais, além de todos os benefícios tributários que o empreendedor pode livremente disfrutar, conforme a sua atividade proposta, determinado regime societário viabilize que se simule uma situação. Trata-se da possibilidade de, nestes países, serem emitidos títulos ao portador, em especial ações ao portador, da sociedade constituída, dificultando que se identifique quem seriam os reais sócios ou controladores, pela ausência de registro⁴⁸¹.

No Brasil, as ações ao portador não são admitidas desde 1990, quando foi editada a Lei nº 8.021, que determina expressamente em seu artigo 4º a necessidade de todas as ações sociais serem nominativas, inviabilizando este tipo de manobra. Em território nacional, portanto, não

⁴⁸¹ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 45.

seria possível se constituir uma sociedade patrimonial no formato de uma *offshore*, ou seja, com o mesmo objetivo que se constitui esta, e sem a identificação dos controladores ou acionistas.

Em tal situação, deve-se ressaltar a possibilidade de se figurarem as duas formas de simulação nos negócios jurídicos plurilaterais. Haveria a simulação *da* sociedade caso o proprietário do patrimônio ativo a ser transferido jamais tivesse tido a intenção de constituir uma *offshore* e apenas o fez para alterar a titularidade dos bens englobados nesta universalidade, indicando um sócio de fachada como seu fundador.

Contudo, é possível que haja apenas a simulação *na* sociedade, ao passo em que a simulação apenas existe no ato de adesão dos “laranjas”, posto que há uma real intenção em se constituir uma *offshore* para investimentos ou possibilidades de negócios no exterior, o que é lícito e legítimo. A ilicitude estar em não pretender deixar visível quem são os reais acionistas para também se viabilizar a mudança de titularidade do patrimônio. Em tal situação, a ação ao portador é essencial, pois viabiliza que se esconda a realidade. Assim, a nulidade não é do ato constitutivo em si, mas apenas das aquisições, de modo apenas os negócios jurídicos pelos quais estas se concretizam serão nulos.

Deve-se ressaltar, como será ratificado adiante, que há simulação sempre que se constitua sociedade empresária, independentemente que seja nacional ou estrangeira, para se esconder os reais objetivos dos sócios.

Entende-se que é simulação *da* sociedade quando se finge executar um determinado objeto social, o qual, em verdade, não será concluído. Também é simulação *da* sociedade a indicação de objeto social simulado para viabilizar uma economia tributária, a exemplo de se indicar que exercerá atividade industrial e assim a transferência de bens imóveis para integralizar o capital social não seja tributada, o que seria caso fosse indicado como objeto social a atividade de gestão de bens patrimoniais ou imobiliários, sendo o seu objetivo principal ser titular deles, que é o caso das *holdings* patrimoniais.

Na primeira hipótese, a resposta que o ordenamento jurídico dá é a nulidade do contrato social que indicou como objeto social uma atividade que jamais será exercida, porque nada se exerce, ou estranha à que é exercida. Assim, ficará aparente transferência de bens entre os reais titulares, que é o negócio jurídico dissimulado. Na segunda hipótese, o ato constitutivo simulado também é nulo, mas subsistirá o contrato da sociedade empresária, se válido for, com o objeto social dissimulado, o qual deverá ser revelado e acarretará na devida tributação.

Em todos os casos em que se configura a simulação dos negócios jurídicos, importa destacar que não é imprescindível a prévia existência de créditos, vencidos ou não, e tampouco a intenção de prejudicar terceiros. No mesmo sentido que já apresentado nos capítulos

anteriores, deve existir a intenção de fingir uma determinada situação, de apresentar uma ilusão a terceiros. É possível que, caso haja um negócio jurídico dissimulado, este seja lícito ou ilícito e tal constatação não importa para que sejam aplicados os efeitos da simulação, que é a nulidade absoluta do ato jurídico simulado.

Conclui-se, então, que a blindagem patrimonial, ao viabilizar que se esconda o patrimônio ativo, é uma forma de romper com o princípio da garantia geral⁴⁸². Assim, aqueles que efetuam tal operação “buscam definir meios pelos quais se possam retirar fraudulentamente bens do patrimônio ativo do devedor, colocando-os a salvo dos mecanismos de garantia geral, isto é, evitando possam ser alcançados pelos credores”⁴⁸³. Um destes instrumentos é o recurso à simulação nos negócios jurídicos, conforme fora demonstrado.

A atuação dos empresários e dos profissionais que os auxiliam nesta gestão patrimonial é de extrema importância neste cenário, para que haja atenção quanto aos riscos com a organização de uma blindagem patrimonial através da prática de atos ilícitos. É necessário que se tenha consciência sobre as possíveis ilicitudes que podem estar sendo praticadas, de modo que se prime por uma melhor forma de gestão, sem que sejam feridos direitos de terceiros ou mesmo afrontado o ordenamento jurídico.

Atente-se que todos os casos mencionados em que a assim chamada “blindagem patrimonial” ocorre através da adoção de atos simulados, a real vontade das partes jamais foi aquela exteriorizada pelas mesmas. Esta compreensão justifica a investigação feita acerca da vontade no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma a simulação é um mecanismo de uso abusivo e que extrapola os limites da autonomia privada, para que se dissimule um anseio real com o intuito de não o revelar a terceiros.

5.2.3 Planejamento sucessório como método de organização do patrimônio e dos negócios familiares através da autonomia privada

A apresentação do conceito de blindagem patrimonial é de extrema importância para esta pesquisa. Isto porque se compreende que todas as medidas indicadas no tópico anterior, como respostas às simulações perpetradas ou demais ilícitos, dificultam a atuação daqueles que pretendem apenas esconder o seu patrimônio de credores já existentes ou ainda burlar regras específicas, fingindo existir uma configuração fática inexistente.

⁴⁸² MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 42.

⁴⁸³ Ibidem, p. 43.

A resposta dada pelo ordenamento jurídico pátrio aos ilícitos viabiliza, em contraponto, uma melhor delimitação do espaço livre para a vontade, ou seja, do âmbito para a atuação conforme a autonomia privada. Assim, há diversas formas de organização patrimonial lícitas. É o que se pretende demonstrar com esta pesquisa, para que as formas de planejamento patrimonial não sejam contaminadas por práticas engendradas por “falsos especialistas, oferecendo fórmulas milagrosas”⁴⁸⁴.

O Planejamento Sucessório é considerado nesta pesquisa como uma representação da aplicabilidade do princípio da autonomia privada do empresário de forma concreta. Este tipo de planejamento em nada se assemelha com o mecanismo já estudado da blindagem patrimonial, como bem elucidam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede:

Tais estudos e procedimentos não têm por objetivo passar credores para trás, nem mesmo burlar o Fisco. Não são atividades em nada criminosas. [...]. No plano societário, existem formas diversas de se estruturar uma empresa ou uma atividade profissional. Mesmo o patrimônio pode ser disposto em pessoas jurídicas, de forma honesta e lícita, com amplas vantagens.⁴⁸⁵

A concepção de se estruturar um Planejamento Sucessório é justamente possibilitar que, através dos anseios daqueles empreendedores específicos, seja conduzido o seu negócio em atenção com os limites e possibilidades legais postas. Isto porque o Direito por vezes confere ao destinatário de determinada norma mais de um caminho a ser adotado, sempre dentro da legalidade.

Este plano que por ora é apresentado possibilita que o empresário determine o rumo da sua atividade ou do patrimônio que construiu ao longo da sua vida. E as conclusões sobre de que forma deverá ser estruturado este planejamento patrimonial dependem da análise da situação concreta vivenciada por aquele empreendedor, bem como por cada um dos elementos que compõem o seu núcleo familiar e que, de alguma forma, poderá interferir no seguimento das atividades.

Não há qualquer intenção em esconder patrimônio, mas apenas medidas preventivas para que eventuais litígios não interfiram no seio da produção, o que está em consonância com o princípio da preservação da empresa, bem como com a manutenção das relações trabalhistas, com consumidores e fornecedores. O interesse, assim, vai além do núcleo familiar e atinge todos aqueles que de alguma forma mantenham relação continuada com o negócio empreendido.

⁴⁸⁴ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 52.

⁴⁸⁵ Idem, 2015, p. 4.

Através de um planejamento sucessório, portanto, é possível assim definir se há necessidade em se constituir uma nova pessoa jurídica, seja meramente patrimonial ou operacional, sendo que esta última pode abarcar atividades até então pouco desenvolvidas⁴⁸⁶. Explica-se. É possível que um dos membros de uma determinada família seja o fundador de uma determinada sociedade empresária com atividade operacional, que desenvolve um objeto social em específico. Contudo, há atividades de menor impacto nos resultados financeiros e pouco explorada por falta de interesse naquela conjectura.

Imagina-se que um dos herdeiros deste fundador tem a intenção de expandir esta atividade em específico, montando uma equipe e adquirindo novos equipamentos. A realização de um planejamento sucessório e patrimonial pode indicar que o melhor caminho seria a cisão da sociedade empresária existente, de modo que uma nova pessoa jurídica surgiria para o desenvolvimento deste objeto social em específico, viabilizando que este novo empreendedor dê seguimento à atividade, isolando os seus riscos e lucros daquela já consolidada.

Não há qualquer ato simulado nesta manobra, posto que não havia anteriormente a intenção em se desenvolver aquela atividade unicamente com a anterior formação societária. Esta nova conformação não esconde patrimônio, não esconde sócios e tampouco inviabiliza que o Fisco arrecade os devidos impostos incidentes. O capital social investido será exatamente aquele necessário para o desenvolvimento desta empresa. Portanto, é lícito e apenas revela uma das formas em que o planejamento sucessório poderá ser benéfico para os negócios familiares, que neste caso é através da desconcentração das atividades operacionais⁴⁸⁷.

O planejamento patrimonial e societário faz parte do sucessório ao se ter em mente que a mera espera da morte, sem que o empreendedor em vida antecipe estas situações, poderia pôr em risco todo o restante do seu negócio. Os herdeiros, ao receberem as suas participações, poderiam dar continuidade às atividades, sem a sua devida organização.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio confere ainda ao empreendedor diversos mecanismos de organização tributária, viabilizando a formação de estruturas sólidas na economia nacional. A concentração ou desconcentração das atividades empreendidas e das sociedades, por exemplo, é uma forma lícita de economia fiscal⁴⁸⁸. No que tange ao planejamento tributário, será adiante explanado o seu conceito e quais cautelas devem ser adotadas para que não se configure a simulação.

⁴⁸⁶ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 54.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 53.

Em face deste panorama de possibilidades que são conferidas e do foco da pesquisa ser a autonomia privada e a liberdade negocial, o Planejamento Sucessório revela-se como mecanismo da sua concretização, ao qual servem como auxiliares os Planejamentos Societário e Tributário.

O Planejamento Sucessório, em comparação com o Direito Sucessório e diante das considerações apresentadas, permite concluir que não deve ser relegado apenas à formulação de um testamento, instrumento este que já viabiliza a organização de algumas relações jurídicas após a morte do testador, mas não resolve todos os futuros problemas familiares. Isto porque não se analisa com o testamento o regime jurídico societário e tributário que vinham sendo adotados e tampouco a gerência sobre as atividades pelos herdeiros, posto que apenas o Direito Civil não tem o poder de regulamentar tais hipóteses, de modo que não impede que os problemas familiares atinjam a operação empresária⁴⁸⁹.

O testamento pode ser um dos mecanismos adotados no Planejamento Sucessório, mas não é aconselhável que seja o único, posto que a análise isolada da partilha de patrimônio, como destacado, não viabiliza esta organização negocial de forma adequada e muito menos a distribuição de funções em uma estrutura societária. A ausência de testamento e sequer de um planejamento sucessório pode levar, por exemplo, ao seguinte cenário apresentado por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede⁴⁹⁰:

Note que, com a divisão dos bens, há uma divisão da participação societária na(s) empresa(s). Se a família detinha 60% das quotas ou ações, quatro herdeiros irão deter, cada um, 15%, o que pode levar a um enfraquecimento do poder de controle. Há, ademais, o risco de que os herdeiros se engalfinhem numa disputa pela administração societária.

Isto porque o Direito Sucessório apenas viabiliza uma sucessão quantitativa, e não qualitativa⁴⁹¹, enquanto que esta será concretizada através do Direito Societário, na medida em que o empreendedor pode, antes da sua morte, ditar algumas regras sobre a futura gestão dos seus negócios operacionais.

Uma das possíveis formas de sua concretização é através de uma *holding*. Esta nova pessoa jurídica será a detentora da maior parte do capital social das demais sociedades operacionais, de modo que o falecimento de qualquer dos sócios fundadores e que estejam à frente da operação não impacta diretamente no processo produtivo. As quotas ou ações da

⁴⁸⁹ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 114.

⁴⁹⁰ Idem, 2011, p. 76.

⁴⁹¹ Ibidem, p. 79.

holding serão transferidas aos herdeiros, possibilitando que os conflitos familiares estejam confinados nos limites da sua personalidade jurídica, conforme se passará a expor.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede elucidam que esta opção é benéfica ao empresário, posto que o Direito Societário fora construído com o fim de viabilizar a convivência de pessoas diferentes para que um objetivo comum seja executado, apesar dos intuitos e anseios distintos⁴⁹². Todo este aparato poderá ser utilizado para viabilizar a convivência entre familiares em um momento de partilha de bens e transição de gerência dos negócios e a barreira da personalidade jurídica conterà os embates pessoais. Passa-se, assim, a expor as principais características de uma *holding*, como forma de exercício da autonomia privada do empresário e dos sócios.

5.2.3.1 *Holding* familiar

O planejamento do patrimônio e dos negócios familiares poderá ser efetivado através da constituição de uma *holding*, que se revela como método eficaz para viabilizar a separação da área produtiva daquela meramente patrimonial⁴⁹³, a depender do interesse dos gestores. A *holding* é uma sociedade, que pode ser empresária ou simples, sendo detentora da propriedade de participações societárias ou outros bens, imóveis ou móveis, que fazem parte do patrimônio familiar.

João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi ressaltam característica relevante das *holdings* ao aduzirem que ela terá uma visão voltada para o interior, ou seja, “seu interesse é a produtividade de suas empresas controladas e não o produto que elas oferecem”⁴⁹⁴. Por isso, recorrer a estas sociedades é uma forma aconselhável para a gestão dos negócios familiares.

A autonomia do empresário estará limitada e deve respeitar a tipicidade das sociedades empresárias no ordenamento jurídico brasileiro, em atenção ao quanto já elucidado no segundo capítulo do desenvolvimento desta pesquisa. Assim, a primeira decisão daquele que pretende constituir uma *holding* é eleger qual o tipo societário melhor se adequa aos seus anseios⁴⁹⁵.

⁴⁹² MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 115.

⁴⁹³ Idem, 2011, p. 1.

⁴⁹⁴ LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. **Holding**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2004, p. 1.

⁴⁹⁵ Rodrigo Tellechea Silva leciona que “ao decidirem constituir uma sociedade para explorar determinada atividade econômica, uma das primeiras decisões dos agentes é escolher o modelo jurídico que lhes dará o devido respaldo, com base, por exemplo, na estrutura organizacional do negócio, no regime de responsabilidade dos sócios, nas regras de governança, nos direitos e deveres de cada participante, na forma de aporte dos recursos econômicos necessários, na lógica de distribuição de resultados, entre outros”. Cf. SILVA, 2016, p. 178.

A partir disto, é a distinção do seu objeto social e dos objetivos que se pretende alcançar com ela é que irá definir a sua classificação, podendo a *holding* ser pura, de controle, de participação, de administração, de organização, mista, patrimonial ou imobiliária. A *holding* familiar adequa-se em qualquer destes tipos ora listados⁴⁹⁶, posto que não tem características que a distingam das demais, além do fato de gerir relações jurídicas inseridas em um mesmo núcleo familiar.

A *holding* encontra respaldo legal na Lei de Sociedades Anônimas, em seu artigo 2º, §3º, nos seguintes termos: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”.

Tal dispositivo apenas indica uma das possibilidades de se constituir uma *holding*, que seria a do tipo pura e no formato de sociedade anônima. Contudo, entende-se que a regra ora transcrita não tem o poder de limitar a natureza jurídica e tampouco o tipo societário destas sociedades⁴⁹⁷.

Passam-se a apresentar alguns dos benefícios que a constituição de uma *holding* familiar poderá propiciar no âmbito de um planejamento sucessório, para que adiante sejam expostas as possíveis formas de sua constituição e mecanismos para o seu devido funcionamento.

Uma das primeiras funções da *holding* que é benéfica aos negócios familiares é o fato de centralizar o controle a administração das sociedades operacionais⁴⁹⁸. Isto ocorre porque, ao se considerar que o sócio fundador tenha maior participação social nas diversas operacionais, será possível transferir estas suas quotas ou ações à *holding*, a qual concentrará o poder que antes estava com uma pessoa natural.

Importa salientar que, com a nova pessoa jurídica, se pretende impedir que haja o enfraquecimento do poder familiar no negócio com a morte do fundador do negócio. Exemplifica-se. Uma determinada família detém 70% das ações de uma sociedade anônima em operação produtiva, enquanto que os demais acionistas não compõem este núcleo. Ao serem transferidas tais ações para a *holding*, apenas ela passará a deter o controle na operação, de modo que posterior partilha não diminuirá a participação no interior da operacional, mas apenas no interior da própria patrimonial⁴⁹⁹. Deve-se ressaltar que a manutenção deste controle tem

⁴⁹⁶ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 3-4.

⁴⁹⁷ Ibidem, p. 5-6.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 55.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 59.

que estar expressamente posta, seja no ato constitutivo ou em atos apartados dos sócios, o que reflete a liberdade do empreendedor, bem como lhe confere proteção e respaldo⁵⁰⁰.

Ademais, a *holding* também viabiliza que seja designada uma administração profissional para as sociedades operacionais que controla, indicando administradores que estejam fora do núcleo familiar⁵⁰¹. Esta profissionalização viabiliza uma melhor relação no interior da família e da relação dos parentes enquanto sócios, facilitando situações inclusive em que é necessária a dispensa do administrador, o que seria dificultado caso este fosse familiar⁵⁰².

Há a possibilidade de contenção dos conflitos familiares através das regras do direito societário⁵⁰³. Isto porque os parentes passam a ser sócios e suas relações deixam de estar meramente limitadas ao âmbito do Direito de Família, e começam a ser regidas pelo Direito Societário. Tal ramo jurídico tende a viabilizar a convivência entre indivíduos diferentes, sem considerar outras relações que tenham fora daquele núcleo, o que trará benefícios principalmente para a resolução de problemas e tomadas de decisões.

A *holding* tem ainda a importante função de instaurar duas instâncias societárias no âmbito dos negócios familiares⁵⁰⁴. A personalidade jurídica funcionará como barreira aos conflitos familiares, na medida em que as votações entre os sócios parentes ocorrerão apenas na instância de tomada de decisões societárias da *holding*. A decisão que for ali tomada, seja unânime ou não, é o posicionamento único da *holding*, o qual será posto na instância das sociedades operacionais.

Eventuais duelos entre parentes não ultrapassarão a barreira da sociedade patrimonial, o que viabiliza a manutenção de um núcleo, ou seja, daquela vontade única que até então emanava desta família. Tal estratégia impede que alguns dos sócios venham a se aliar a outros que votem de forma contrária aos interesses da família, desvirtuando-se dos interesses negociais que vinham sendo mantidos em favor deste núcleo e em consonância com a vontade dos fundadores.

Pode-se concluir que a *holding* familiar, “cujo principal papel é concentrar as decisões estratégicas e de controle, para depois disseminar para as empresas operacionais”⁵⁰⁵, viabiliza que haja uma separação e melhor concentração de determinadas situações em seu interior. Desse modo, extraem-se conclusões já finalizadas para as operacionais.

⁵⁰⁰ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 57.

⁵⁰¹ Ibidem, p. 65.

⁵⁰² Ibidem, p. 66.

⁵⁰³ Ibidem, p. 57.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 59.

⁵⁰⁵ RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. **Proteção patrimonial**: como planejar e proteger o seu patrimônio e de seus herdeiros. 2 ed. Guaxupé: Tático, 2013, p. 137.

Outro aspecto de extrema relevância é a proteção contra terceiros conferida pela constituição de uma *holding*. No ambiente de uma sociedade patrimonial familiar, não se deseja que terceiros estranhos a este núcleo ingressem nela. Assim, é através do ato constitutivo que se poderá limitar o ingresso de eventuais credores dos sócios à medida em que penhorem suas participações sociais, impondo que lhes seja liquidada a quota ou ação, mas não viabilizado o seu ingresso no quadro da pessoa jurídica.

Há questionamentos quanto à possibilidade de ser limitada a circulação de ações em uma sociedade anônima. No caso das sociedades anônimas fechadas familiares, Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede advertem que ainda que surjam questionamentos “sobre a desnaturação da natureza *intuitu pecuniae* das sociedades por ações, diante de tais previsões, o próprio Judiciário tende a compreender a finalidade da *holding* e a necessidade de proteção a ela”⁵⁰⁶.

Uma sociedade patrimonial familiar possibilita que o núcleo familiar esteja protegido de conflitos amorosos, por exemplo, sempre se respeitando o limite da legalidade e a liberdade conferida pela autonomia privada. Ou seja, não se pretende apenas esconder patrimônio de modo a frustrar direitos de outrem. A intenção real é a de proteger o negócio familiar, a empresa que vem sendo exercida conforme o anseio de uma dada família.

O ingresso de uma pessoa que não faz mais parte da família neste âmbito empresarial pode ser uma manobra até mesmo de vingança, o que não se pretende permitir. Portanto, é contra conflitos amorosos, e não contra a satisfação de eventuais créditos, que se pretende proteger a empresa.

Assim, a mesma limitação a ingresso de novos sócios, que poderá proteger a sociedade contra terceiros, também é útil nestes casos⁵⁰⁷. Verifica-se, portanto, que o ato constitutivo assume posição de destaque e forma de exercício da autonomia privada do empresário no âmbito do planejamento sucessório, sem que seja necessário o recurso a manobras de simulação ou outros atos ilícitos que, além de afrontarem o ordenamento jurídico como um todo, envolvem graves riscos para o empreendedor.

No que tange ao seu funcionamento, é importante ressaltar a forma de administração da própria *holding*, tendo sempre em vista que o principal objetivo com a sua constituição é amenizar os conflitos familiares em prol da continuidade da empresa.

A administração desta sociedade poderá ser exercida por pessoas físicas ou jurídicas que sejam suas sócias, seja um sócio ou todos eles, ou ainda por não sócios. Neste último caso, é

⁵⁰⁶ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 68.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 70.

interessante considerar que a administração da *holding* também poderá ser profissional, a depender do tipo societário eleito. Deve-se salientar que o administrador profissional pode ser membro da família ou não, de modo que tal dado é irrelevante, pois deve ser não sócio e engajado na atividade empresarial com intuito em gerenciar⁵⁰⁸.

O benefício de se indicar um administrador profissional em uma *holding* familiar é que os atos pelos quais a sociedade em si responde serão praticados por pessoa que não é sócia, de modo que essas duas condições não se confundem e reduzem o risco de serem praticados atos em interesse próprio. Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede alertam que o ato constitutivo da sociedade é que deve regular a forma da prática dos atos de administração e representação⁵⁰⁹.

Outra estrutura interessante apresentada pelos referidos autores é com a administração coletiva⁵¹⁰. Ao passo em que esteja bem regulamentado no ato constitutivo que a administração ocorrerá de forma coletiva e conjunta, os atos serão praticados apenas com a anuência de todos os sócios. Dessa forma, exige-se a comunicação e integração de todos os sócios para que a pessoa jurídica possa concluir atos, pelo que haverá um concurso necessário de todos eles.

Conforme se tem reiterado ao longo desta pesquisa, é necessário que sejam analisadas as especificidades de cada contexto familiar e empresarial, para que sejam eleitos os formatos ideais e mais benéficos, em consonância com os interesses do fundador e daqueles que irão sucedê-lo, bem como de todos os demais que mantêm relação com a atividade empreendida. Por isso, a vontade deve ser externada com clareza, no âmbito da liberdade conferida pela autonomia privada.

Passam a ser apresentadas as vantagens e desvantagens em se constituir uma *holding* como sociedade limitada ou como sociedade anônima.

A opção pela sociedade limitada pode ser positiva para a constituição de uma *holding* por viabilizar que os sócios tenham a sua responsabilidade limitada ao capital integralizado, bem como possibilita que as partes estipulem regras que tornem menos flexível a cessão de quotas, o que permite a manutenção do controle familiar, a exemplo da estipulação de ser necessária a aprovação da unanimidade dos sócios para transações deste tipo⁵¹¹. Por outro lado, a sociedade limitada tem uma estrutura menor e com menos possibilidades de captar investimentos no mercado.

⁵⁰⁸ RIBEIRO, 2013, p. 129.

⁵⁰⁹ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 141.

⁵¹⁰ Ibidem, p. 144-145.

⁵¹¹ Ibidem, p. 91.

Por outro lado, a eleição pela sociedade anônima apresenta como vantagens as dificuldades em se proceder com a sua dissolução parcial, liberdade em serem instituídas diferentes tipos de ações e a possibilidade de serem captados investimentos externos. Há algumas especificidades que devem ser analisadas e adequadas ao caso concreto pelo caráter da sociedade de capital que é, como as restrições legais para os casos de recesso, de que forma será possível mitigar o risco de ser desfeito o controle familiar, a exemplo da estipulação do direito de preferência, sem que seja estipulada norma contrária à lei. Por fim, a grande desvantagem que atualmente enfrentam aqueles que optam pelas sociedades por ações é o seu custo, pois há obrigatoriedade em serem promovidas diversas publicações⁵¹².

Conclui-se que a escolha por um tipo ou outro de sociedade dependerá, principalmente, da análise do porte da atividade.

Em consonância com tudo o quanto vem sendo defendido, tais vantagens e desvantagens são apresentadas considerando o âmbito de atuação lícita do empresário. Contudo, aqueles que oferecem fórmulas mágicas apresentam outros benefícios, de acordo com cada tipo societário, o que não se defende ou admite neste estudo. Isto porque, por exemplo, o uso de sócios fictícios com o intuito de esconder os reais sócios e detentores do patrimônio familiar não é lícito e oferece riscos ao negócio.

Por ora, cumpre destacar que toda esta engenharia para a criação de uma nova pessoa jurídica, de modo a se organizar a estrutura negocial familiar poderá desencadear em um resultado fiscal benéfico ou não⁵¹³. Não há uma regra neste sentido e, novamente reitera-se, é necessário que sejam analisadas as especificidades de cada caso. No tópico subsequente, serão apresentadas considerações sobre o planejamento tributário em si.

Alguns destes impactos positivos seriam, por exemplo, no caso de a *holding* ser do tipo imobiliária. Em tal situação, conforme elucidam João Glicério de Oliveira Filho e Luis Henrique Monteiro Brecci, há evidente benefício fiscal na atividade de locação de bens imóveis próprios quando esta sociedade seja optante do regime de lucro presumido⁵¹⁴.

É necessário ter cautela com a adoção de medidas que viabilizem economias fiscais, pois, conforme se tem defendido neste estudo, poderá ser configurada uma simulação. Exemplo disto é a situação em que o exercício da determinada atividade seja mais vantajoso em determinado Estado. É lícito que a sociedade empresária altere a sua sede ou abra uma filial

⁵¹² MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 93-95.

⁵¹³ Ibidem, p. 82.

⁵¹⁴ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; BRECCI, Luis Henrique Monteiro. As vantagens fiscais proporcionadas pela sociedade "holding imobiliária". **Revista Síntese Direito Imobiliário**, São Paulo: IOB, ano 6, n. 30, p. 78-85, nov./dez. 2015, p. 85.

neste local para poder usufruir de tais benefícios fiscais⁵¹⁵, pois, em contrapartida, estará contribuindo com empregos e no fomento do mercado local.

Não se pode permitir, por outro lado, que esta mudança de sede e todas as transações sejam feitas de forma fictícia, aparente. Ou seja, a real intenção e o que realmente ocorre é a sede estar em um local em que a tributação é menos vantajosa, mas altera-se o registro e determinados documentos de modo que se simule esta mudança e a realização de operações em Estado com maior benefício fiscal⁵¹⁶.

Outra cautela de extrema importância no momento de constituição de uma *holding* é orientar os sócios – parentes – acerca dos princípios basilares do Direito Societário já apresentados anteriormente, quais sejam: a personalidade jurídica e, conseqüentemente existência, da pessoa jurídica é distinta daquela dos sócios; o patrimônio da sociedade é distinto daquele dos sócios⁵¹⁷. Apesar da relação familiar e de todo o patrimônio anteriormente ser titularizado pelos sócios, deve-se destacar tal distinção, para não haver o risco de restarem configurados os requisitos para, por exemplo, uma desconsideração da personalidade jurídica. As obrigações de cada pessoa – sócios e sociedade – devem estar bem delimitadas.

Neste estudo, compreende-se que a *holding* poderá assumir a forma de qualquer tipo societário previsto no Código Civil vigente, em respeito ao princípio da tipicidade societária⁵¹⁸, apesar de serem mais comuns as sociedades limitadas ou anônimas. Além disso, o planejamento sucessório necessita de prévio estudo de todas as relações jurídicas que possam impactar no patrimônio e nos negócios familiares, de modo que se analise a conveniência da sua constituição e em quais moldes. É o que se passa a expor nesta pesquisa, com o intuito de revelar que nada há de ilícito, mas sim expressa uma forma de exercício da liberdade negocial e da autonomia privada.

⁵¹⁵ MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 85.

⁵¹⁶ Situação similar ao quanto explanado foi julgada pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, ao constatar situação em que “a filial baiana da Autuada goza de benefício fiscal naquele Estado, consistente em redução de 41,176% (quarenta e um vírgula cento e setenta e seis por cento) na base de cálculo”. Desse modo, o empresário autuado “promovia a de venda direta, simulada em operação de transferência entre o contribuinte mineiro e sua filial no Estado da Bahia”. O Fisco Estadual então promoveu a desclassificação das notas fiscais que lhe haviam sido apresentadas como de venda direta, viabilizando a incidência dos tributos específicos cumulado com multa. Cf. MINAS GERAIS. Secretaria da Fazenda. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 19.701/10/3ª**. Publicado no Diário Oficial em: 4/9/2010. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/conselho_contribuintes/acordaos/2010/3/19701103.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

⁵¹⁷ MAMEDE; MAMEDE, op. cit., p. 126.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

5.2.4 Os riscos de simulação no planejamento tributário: critérios para conferir eficiência tributária e segurança jurídica

No que tange ao planejamento patrimonial em suas várias vertentes – societária, sucessória ou tributária – entende-se ser possível estudar cada um dos passos que devem ser tomados ao longo desta estruturação, para serem atingidos os objetivos almejados. Para tanto, é importante que, desde o seu início, se leve em consideração que os atos humanos cotidianos têm como possível consequência o tributo⁵¹⁹. Assim, o planejamento, em seu aspecto tributário, deve constatar quais os fatos geradores enquadrados em cada uma das situações vislumbradas e antecipadas.

A questão, contudo, não é tão simples. O sistema jurídico pátrio permite que o contribuinte, por vezes, opte por um caminho ou outro, através de um estudo que vislumbra consequências a longo prazo, com o fim de reduzir o montante de tributos a serem recolhidos, sem que sejam infringidas regras legais. Um bom planejamento patrimonial pode estar atrelado a uma eficiência tributária e necessariamente deve estar à segurança jurídica⁵²⁰.

A eficiência tributária estará atrelada à melhor opção pelos caminhos oferecidos, de modo que haja uma efetiva economia tributária. Contudo, tal economia deve ser atingida através de meios lícitos, pela atuação no âmbito da liberdade conferida ao indivíduo. Por isso, ressalta-se que deve haver segurança jurídica no planejamento oferecido, posto que o enquadramento de determinados atos ou negócios jurídicos como simulados, ou ainda outros ilícitos, desencadeará nos efeitos contrários àqueles pretendidos.

O problema maior está na definição exata do que é lícito ou ilícito. Desse modo, através das diretrizes sugeridas nesta pesquisa e dos conceitos aqui apresentados, com o intuito de serem melhor compreendidos institutos positivados e regulamentados no ordenamento jurídico, é possível a adoção de critérios objetivos, afastando a insegurança jurídica nas relações jurídicas e o receio de atos serem desconstituídos.

O planejamento tributário é admitido e permitido pelo ordenamento jurídico pátrio. O que não se admite é que ocorram declarações mentirosas pelo contribuinte, para que este opte por um determinado caminho com o intuito exclusivo de fugir da tributação⁵²¹. Esta concepção

⁵¹⁹ KIGNEL, Luiz; LONGO, José Henrique; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014., p. 205.

⁵²⁰ Ibidem, p. 206.

⁵²¹ MALAQUIAS, Claudemir Rodrigues. **Legitimidade do planejamento tributário: critérios**. 2010. 71f. Monografia. Escola De Administração Fazendária, Brasília, 2010, p. 20. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/monografias/legitimidade-do-planejamento-tributario-criterios.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

estará melhor firmada após a apresentação dos conceitos de evasão e elisão fiscal, com foco na simulação e nas atitudes preventivas para que esta não se configure.

A simulação estará atrelada à evasão fiscal em sentido estrito, cujo conceito, apesar de se aproximar, é oposto ao de elisão fiscal. Tanto a evasão quanto a elisão fiscal englobam todos os atos e negócios jurídicos praticados pelos sujeitos para “elidir, reduzir ou retardar o cumprimento de obrigação fiscal”⁵²². Este conceito que abarca as duas categorias é o de evasão fiscal *lato sensu*.

A distinção que existe entre eles é que a evasão fiscal sempre será ilícita, configurando uma fraude fiscal, enquanto que a elisão congrega atos lícitos e está inserida no âmbito da liberdade dos indivíduos, pois não há norma jurídica que obrigue a opção que enseje maior arrecadação aos cofres públicos⁵²³. Há dificuldade de, na prática, serem classificados como um ou outro, pois a linha é tênue nestes casos, de modo que é necessária a investigação dos elementos que compõem o plano da existência e da validade do negócio jurídico, para que se constate, por exemplo, se houve simulação.

Em acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento da Apelação Cível 2004.71.10.003965-9, levado ao Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial nº 946.707, ratifica-se o entendimento de que a elisão é a busca por meios lícitos para promover uma economia tributária e complementa que o “planejamento se fundamenta na liberdade que possui de gerir suas atividades e seus negócios em busca da menor onerosidade tributária possível, dentro da zona de licitude que o ordenamento jurídico lhe assegura”⁵²⁴.

Um dos aspectos que viabiliza a distinção entre a evasão e a elisão fiscal é o cronológico⁵²⁵. Isto porque, comumente a evasão fiscal estaria configurada através de atos para se esquivar do pagamento do tributo após a ocorrência do fato gerador, de modo que serão mecanismos para se fraudar o Fisco diante de um crédito que ele já tem. Por outro lado, a elisão fiscal ocorrerá por meio de planejamentos que antecedem a ocorrência do fato gerador, de modo que, a priori, não seriam ilícitos.

Contudo, apenas este elemento não permite que se conclua pela licitude ou ilicitude dos atos praticados e, portanto, do planejamento tributário⁵²⁶. É importante que também se analise

⁵²² MALAQUIAS, 2010, p. 11.

⁵²³ *Ibidem*, p. 18.

⁵²⁴ BRASIL, 2009.

⁵²⁵ MALAQUIAS, *op. cit.*, p. 13.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 14.

a licitude ou ilicitude de todos os negócios jurídicos concretizados para a formulação do referido planejamento.

Por isso, o estudo do planejamento tributário, nesta pesquisa, congrega os diversos institutos já analisados. São de extrema importância para esta análise a compreensão dos conceitos de simulação, autonomia privada, fraude à lei, abuso de direito, bem como da teoria dos fatos jurídicos. Feitas tais considerações, cumpre analisar a sua segurança jurídica e quais critérios podem ser adotados para que não se enquadre como ilícito civil, tributário ou até mesmo penal.

Ademais, importa rememorar o estudo acerca dos fatos jurídicos, posto que os seus três planos devem ser investigados para se detectar a licitude do planejamento tributário. É importante, portanto, compreender que “analisar a legitimidade da elisão fiscal materializada no planejamento elaborado pelo contribuinte implica em validar a relação existente entre forma e substância, delineando as condições jurídicas acerca da existência, validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos”⁵²⁷.

Carlos Eduardo Peroba Angelo apresenta os diversos institutos do Direito Civil que o antigo Conselho de Contribuintes adotava em suas decisões, ora para reconhecer a licitude do planejamento tributário, bem como a sua ilicitude. Ressalta que os principais são a simulação, o negócio jurídico indireto, a fraude à lei, o abuso de direito e o abuso de formas. Contudo, o autor critica o recurso a alguns institutos do Direito Privado como respaldo para subjetivismos, de modo a ferir a segurança jurídica⁵²⁸.

Importa rememorar neste momento que a vontade declarada é aquela suficiente para a existência do negócio jurídico, enquanto que a vontade interna apenas tem função para a investigação da sua validade. A consonância da vontade subjetiva com aquela exteriorizada é um dos elementos que permite constatar a licitude do planejamento tributário. Contudo, a investigação desta intenção das partes é de difícil aferição, o que deve ser viabilizado pela adoção de critérios mais objetivos.

A mera investigação dos motivos do negócio jurídico, por exemplo, é uma das situações rechaçadas pela doutrina, principalmente considerando-se a função secundária que o próprio direito confere a este elemento subjetivo das partes. Em verdade, entende-se que a motivação

⁵²⁷ MALAQUIAS, 2010, p. 22.

⁵²⁸ ANGELO, Carlos Eduardo Peroba. Aplicação dos conceitos de planejamento tributário na jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes e na doutrina. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 492.

por uma economia tributária é comum e sempre permeia as decisões no meio empresarial, o que é diferente de ser a única causa dos negócios jurídicos^{529/530}.

Neste sentido, a doutrina sugere que se analise a causa objetiva dos negócios jurídicos^{531/532}, ou seja, a realização fática do negócio jurídico, que está inserida no mundo do ser, ou seja, no mundo dos fatos⁵³³. O que se sugere é verificar se a causa objetiva foi única e exclusivamente a intenção de economizar tributos e se, por isso, destoaria da vontade declarada no ato constitutivo e demais negócios jurídicos formalizados.

Neste referido intuito de se recorrer a mecanismos ou critérios mais objetivos para a detectar qual a real motivação das partes para a realização do negócio jurídico, conforme se tem defendido nesta pesquisa, surge, no âmbito do direito tributário, a busca pelo propósito negocial.

Propósito negocial pode ser definido como “a existência de algum objetivo, propósito ou utilidade, de natureza material ou mercantil, e não puramente tributária, que induz o contribuinte à prática de determinados atos de que resulte economia fiscal”⁵³⁴. Rodrigo de Freitas defende que o propósito negocial será aferido a partir da conformidade da vontade declarada com a referida causa objetiva do negócio jurídico⁵³⁵. É possível concluir, então, que a investigação do propósito negocial é equivalente àquela da simulação, de modo que não haverá negócio simulado sempre que a declaração de vontade estiver em consonância com a causa do negócio jurídico, com os atos efetivamente praticados e com os efeitos pretendidos.

A importância na apresentação deste conceito de “propósito negocial”, que, apesar de ser fruto de institutos próprios do direito norte-americano, está em sua proximidade com o instituto da simulação. Assim, entende-se que seria inadequada a aplicação no ordenamento

⁵²⁹ ANGELO, 2010, p. 466.

⁵³⁰ FERRAZ, Andréa Karla; GODOI, Marciano Seabra de. Planejamento tributário e simulação: estudo e análise dos casos Rextord e Josapar. **Revista Direito GV**, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 8, n. 1, p. 359-380, jan./jun.2012, p. 365

⁵³¹ Maria Celina Bodin de Moraes apresenta o conceito a causa objetiva como sendo aquela “reduzida à consciência do significado objetivo da declaração emanada e do específico valor social do comportamento, isto é, de um interesse objetivo, socialmente controlável, considerado digno de tutela pelo ordenamento” Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**, ano 2, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.

⁵³² José Abreu Filho ressalta que a causa objetiva do negócio jurídico está atrelada à “função econômico-social que o direito entenda como relevante para os fins visados pelo interessado, relegada qualquer indagação das razões subjetivas”, que não se confunde com os motivos, que teriam uma função secundária para o direito. Cf. ABREU FILHO, 1997, p. 134-135.

⁵³³ FREITAS, Rodrigo de. É legítimo economizar tributos?: propósito negocial, causa do negócio jurídico e análise das decisões do antigo Conselho de Contribuintes. In: In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 474.

⁵³⁴ MALAQUIAS, 2010, p. 34.

⁵³⁵ FREITAS, op. cit., p. 481.

pátrio deste instituto na forma exata como utilizado em um sistema de *common law*, ou evidenciaria uma possível arbitrariedade pelos julgadores⁵³⁶. Por isso, no caso do Brasil, deve-se recorrer aos institutos já positivados, aproveitando-se das construções doutrinárias quanto aos critérios para o reconhecimento da licitude do planejamento tributário.

A partir destas compreensões, verifica-se que a ausência de propósito negocial se aproxima da simulação, pois a declaração de vontade do negócio jurídico simulado conformaria uma determinada ilusão, enquanto que o verdadeiro intuito das partes é apenas de obter economia fiscal. Desse modo, a ausência de propósito negocial também revela o desrespeito ao princípio da boa-fé⁵³⁷.

Ademais, o afastamento de recursos meramente subjetivos está em total consonância com o Princípio da Verdade Material, que rege o Direito Tributário brasileiro⁵³⁸. Assim, o recurso a critérios mais objetivos, que reforçam os institutos jurídicos positivados no Brasil, não só é possível como favorece a efetivação das normas tributárias, na medida em que possibilita constatar a existência e validade dos negócios jurídicos.

Observa-se que os critérios que vinham sendo adotados pela instância decisória administrativa eram: o adequado intervalo intertemporal entre as operações, o grau e a natureza do envolvimento entre as partes e, por fim, a coerência entre as atividades empresariais e a operação proposta com o planejamento tributário⁵³⁹. Contudo, apesar do uso de critérios mais objetivos, que estariam mais próximos à investigação de eventual simulação, mantinha-se um conceito extremamente subjetivo – motivo não-tributário – de forma a respaldar arbitrariedades.

Se há um instituto jurídico expressamente previsto na legislação pátria, que é a simulação, entende-se que a investigação do propósito negocial em verdade seria a própria busca pela existência ou não de negócio jurídico simulado, o que estaria em consonância com os princípios jurídicos e normas pátrias. É através do fortalecimento e devida aplicação dos institutos positivados no sistema legal brasileiro que estará melhor delimitado o âmbito de atuação através da autonomia privada.

A configuração do ilícito da simulação sempre acarretará na fraude fiscal, em que o sujeito oculta a sua real intenção através da criação de uma ilusão, para que esteja público e acessível a terceiros apenas aquele negócio jurídico que lhe proporcione uma economia fiscal

⁵³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 18.

⁵³⁷ MALAQUIAS, 2010, p. 37.

⁵³⁸ FREITAS, 2010, p. 476.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 482-483.

ilícita e indevida. Nestes casos, evidencia-se que houve a ocorrência do fato gerador, mas de forma ocultada pelo negócio jurídico simulado⁵⁴⁰.

Conforme já se elucidou nesta pesquisa, bem como para que não reste contraditória, não se adota uma específica teoria para o conceito de simulação, mas essa ideia central que permeia todas as apresentadas em capítulo anterior. Assim, ao se manter a compreensão de que na simulação as partes acordam em esconder, simular, iludir terceiros, ratifica-se que o seu conceito para fins de análise do planejamento tributário deve ser este já apresentado.

O que se busca e deve ser aproveitado com base em todas estas teorias apresentadas é a possibilidade de serem utilizados critérios mais objetivos, com o intuito de conferir segurança jurídica. Desse modo, o foco não deve estar nos motivos particulares das partes envolvidas no acordo simulatório, mas sim na intenção para que fosse firmado o negócio jurídico em questão⁵⁴¹.

Diante desta compreensão da simulação para fins tributários, Carlos Eduardo Peroba Angelo então define que “a causa falsa ou simulada é, assim, um dos elementos que permitem ao intérprete identificar uma simulação, baseando-se não na vontade – os elementos queridos subjetivamente pelo agente, mas na causa – os elementos objetivamente queridos pelo ordenamento”⁵⁴².

É mais comum que seja configurada a simulação relativa nos planejamentos tributários, mas nada impede que seja perpetrada a simulação absoluta. No que tange à análise dos efeitos tributários dos negócios jurídicos simulado e dissimulado, há consonância na doutrina quanto ao fato de que, no caso de ser simulação relativa, é tributado o negócio jurídico dissimulado, conforme entendimento de Carlos Eduardo Peroba Angelo⁵⁴³ e Ricardo Mariz de Oliveira⁵⁴⁴.

Estes mesmos autores, contudo, apresentam conclusões divergentes quando se trate de simulação absoluta. Carlos Eduardo Peroba Angelo elucidou que nestes casos, será o negócio jurídico simulado, conforme dispõe o artigo 118, do Código Tributário Nacional⁵⁴⁵. Por outro lado, Ricardo Mariz de Oliveira leciona que quando exista apenas o ato simulado, “não haverá hipótese de incidência a gerar obrigação tributária”, em atenção à necessidade de a norma tributária se submeter à realidade⁵⁴⁶.

⁵⁴⁰ MALAQUIAS, 2010, p. 15-16.

⁵⁴¹ ANGELO, 2010, p. 492.

⁵⁴² Ibidem, p. 493.

⁵⁴³ Ibidem, p. 493.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A simulação no código tributário nacional e na prática. **Revista Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética, n. 27, p. 561-579, 2012. p. 570.

⁵⁴⁵ ANGELO, 2010, p. 493.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, R., op. cit., p. 570.

A compreensão do momento da constituição do crédito tributário nos casos de planejamentos tributários ilícitos através da prática de simulação é de suma importância. A discussão é suscitada nesta pesquisa porque a simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico, de modo que pode ser judicialmente reconhecida a qualquer tempo. Contudo, no que tange à cobrança de tributo, é necessário que se compreenda o prazo decadencial para o Fisco lançar o tributo e assim poder cobrá-lo.

O Código Tributário Nacional, de 1966⁵⁴⁷, prevê a regra que trata do momento de constituição do crédito tributário cujo fato gerador fez parte de negócio jurídico simulado. O artigo 150, que regulamenta o lançamento por homologação, em seu parágrafo 4º, apresenta uma exceção à regra geral, nos seguintes termos:

[...] se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação**.⁵⁴⁸

O entendimento doutrinário que propõe uma solução para este impasse é aquele defendido por Eurico de Santi, resumido na seguinte ordenação de atos por Rafael Frattari: “Na presença de dolo, fraude ou simulação, exige-se a produção de ato administrativo que assim qualifique a ação do contribuinte. A partir dele, inicia-se o prazo decadencial de cinco anos para que o crédito tributário decorrente da situação seja lançado”⁵⁴⁹. Apesar de ampliar o prazo decadencial do Fisco para o lançamento do crédito, esta via permite que seja instaurado o processo administrativo para apuração da causa de nulidade, relativa ou absoluta, do negócio jurídico.

Contudo, questiona-se se haveria um prazo para a configuração da simulação pela Administração Pública, considerando que o Código Civil determina o seu reconhecimento a qualquer tempo. Caso não haja, o Fisco poderia, a qualquer tempo, investigar a instaurar procedimentos administrativos para constatar o vício referido e, em seguida, lançar o crédito tributário? Esta lacuna legal favorece a insegurança jurídica no âmbito do planejamento tributário, pois, ainda que não tenham sido praticados atos simulados, entende-se que não haveria um prazo decadencial para a sua investigação, eventual configuração e, conseqüentemente, cobrança.

⁵⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁵⁴⁸ BRASIL, 1966, grifo nosso.

⁵⁴⁹ FRATTARI, Rafael. **Decadência e prescrição no direito tributário**: em defesa da norma geral no direito tributário. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 185.

O entendimento doutrinário e que fora adotado pela jurisprudência parece estar mais condizente com o princípio da segurança jurídica, apesar de não apresentar resposta expressa para o dilema posto. Propõe-se a aplicação da regra do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional⁵⁵⁰, pois reduziria esta insegurança jurídica e continuaria permitindo que fosse investigado qualquer vício que pudesse esconder algo do Fisco.

Este dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com o artigo 116 e seu parágrafo único⁵⁵¹, também do Código Tributário Nacional, em que se revela a não intenção do Fisco em anular o ato simulado em si. A sua intenção é detectar o fato gerador e assim constituir o tributo devido para que possa cobrá-la⁵⁵². Conclui-se que deve ser aplicada a regra do artigo 173, I, do diploma legal mencionado, de modo que o marco inicial do prazo decadencial para o Fisco é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador, ainda que dissimulado.

No caso de ter decaído o direito de o Fisco constituir o crédito tributário correspondente ao fato gerador dissimulado, não há nada mais que a Administração Pública possa fazer nesta seara. De fato, o negócio jurídico é nulo, mas produziu os efeitos que foram pretendidos de forma simulada pelo decurso do tempo. O reconhecimento da simulação neste momento não alterará as consequências pretendidas, pois, se a intenção foi meramente obter economia fiscal, não há como reverter este cenário, ainda que seja revelada a real intenção das partes.

Ultrapassadas estas compreensões quanto a possíveis critérios que assegurem ao contribuinte maior segurança jurídica no âmbito do planejamento tributário, de modo a não incorrer em ilícitos e, conseqüentemente, ser penalizado, passa-se a expor situações exemplificativas de atos simulados e atos em consonância com a autonomia privada.

O primeiro exemplo que se apresenta é a situação de transferência de imóveis planejada para que não seja pago o tributo devido. Sabe-se que incide o imposto sobre a transferência de bens imóveis, cujo contribuinte poderá ser qualquer das partes envolvidas no negócio jurídico, conforme regulamentado em lei estadual específica. O referido imposto sobre transferência de

⁵⁵⁰ “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: [...] I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”. Cf. BRASIL, 1966.

⁵⁵¹ “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: [...] Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. Cf. BRASIL, 1966.

⁵⁵² ELISÃO, a simulação fiscal e a legislação no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, Seção Mundo dos Negócios, 26 mar. 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-mar-26/elisao_simulacao_fiscal_legislacao_brasil>. Acesso em: 1º dez. 2016.

imóveis não incide na operação de transferência de bens imóveis para sociedade empresária pelo sócio com o fim de formação ou aumento do capital social.

Em face deste cenário, diversas operações podem ser concretizadas com o intuito exclusivo de não se pagar o imposto sobre a transferência de bens imóveis. Exemplo disto é a constituição de pessoa jurídica para que ela seja a nova proprietária do imóvel e, posteriormente, a própria sociedade seja alienada a terceiros. A real intenção foi transferir o bem imóvel entre duas pessoas, relação esta que seria tributada. Da forma como engendrado, simulou-se a incorporação ao capital social apenas para o não pagamento de tributo, posto que a sociedade empresária não exercia o seu objeto social e não houve a prática de quaisquer atos pelos sócios neste sentido.

O planejamento tributário, como vem sendo assinalado, permite também a estruturação de um patrimônio de forma que haja eficiência tributária. José Henrique Longo apresenta como exemplo para uma economia tributária e que não afronta o ordenamento jurídico brasileiro a seguinte⁵⁵³:

Sobre o valor da locação de imóvel detido por pessoa física deve ser aplicada a tabela progressiva do IRPF (carnê-leão) que incide à alíquota máxima de 27,5% sobre o rendimento da locação do bem. A legislação tributária exige pagamento mensal ou retenção (no caso de fonte pagadora pessoa jurídica) e inclusão na declaração de ajuste anual, com aplicação da tabela progressiva, sem dedução especial na apuração da base de cálculo.

Como já se assinalou, para o caso de imóvel registrado no imobilizado de empresa cujo objeto social seja a atividade imobiliária e o regime de apuração seja o lucro presumido, a tributação incide à alíquota máxima de 14,53% sobre a receita da locação do bem.

A situação ora assinalada é lícita, pois, é possível constituir sociedade empresária para a administração de bens imóveis, inclusive para a atividade específica de locação dos mesmos. A causa da constituição de uma pessoa jurídica no caso em tela tem respaldo legal e, portanto, viabiliza a eficiência tributária almejada com segurança jurídica, a partir do estudo da legislação sobre a matéria.

Diante de todo o exposto, é possível que seja realizado um planejamento tributário lícito, que viabilize às partes terem uma economia fiscal, sem que haja qualquer afronta ao ordenamento jurídico. Para tanto, os critérios sugeridos visam conferir maior segurança jurídica e permitir uma melhor visualização do que seria o ilícito nesta seara.

⁵⁵³ KIGNEL; LONGO; PHEBO, 2014, p. 222.

5.3 A LICITUDE NA CONSTITUIÇÃO DE *OFFSHORE* EM PARAÍSO FISCAIS

O receio de ter os atos reconhecidos como nulos a partir da prática de uma simulação também está presente naqueles que optam por empreender através de uma *offshore*, constituída em países no exterior. O preconceito que existe em torno desta figura aliado aos conceitos abstratos e subjetivos adotados pelos magistrados elevam a insegurança jurídica neste tipo de empreendimento.

O presente tópico pretende demonstrar que há espaço para a atuação da autonomia privada na constituição de sociedades empresárias *offshore*. Deve revelar ainda quais os efeitos a partir da constatação de que a *offshore* praticou determinado negócio jurídico de forma simulada em solo brasileiro, em consonância com ordenamento jurídico pátrio.

5.3.1 Delimitação conceitual de *offshore* e de paraísos fiscais

“Empresa *offshore*” é a expressão comumente utilizada para indicar uma sociedade empresária constituída em um determinado território para que não atue nele próprio. Seria, assim, “uma pessoa jurídica que opera fora dos limites territoriais onde está localizada”⁵⁵⁴. No caso do Brasil, seriam as pessoas jurídicas empresárias cujo local de atuação é em território nacional por meio de representação⁵⁵⁵. Conforme acima destacado, o conceito de *offshore* está intrinsecamente atrelado ao de país estrangeiro, qualquer que seja, mas não ao de paraíso fiscal⁵⁵⁶.

Carolina Iwancow Ferreira⁵⁵⁷ apresenta o conceito de *offshore* nos seguintes termos:

[...] aquela instituída em conformidade com as leis de determinado país, com o objetivo de desenvolver suas atividades exclusivamente em países distintos daquele em que foi originariamente constituída, ficando, ainda por força da lei, impedida de estabelecer certos tipos de vínculo comercial com outras empresas constituídas na mesma jurisdição.

⁵⁵⁴ PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**: Uruguai, Cayman, Ilhas Virgens Britânicas. São Paulo: Pilares, 2007, p. 32.

⁵⁵⁵ JOARY, Márcia Valéria da Paixão. **Blindagem patrimonial**: aspectos legais e jurisprudenciais. 2012. 62 f. Monografia (Especialização em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012, p. 26-27.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 27.

⁵⁵⁷ FERREIRA, Carolina Iwancow. Proteção patrimonial internacional: alternativas para um investimento seguro. In: FERREIRA, Carolina Iwancow; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha (Org.). **Desafios empresariais e seus reflexos jurídicos**. São Paulo: Ícone, 2013, p. 69.

A *offshore* pode ser constituída por qualquer tipo societário, não havendo uma forma específica⁵⁵⁸. Por isso a importância de ser apresentada a natureza jurídica dos atos constitutivos de sociedades, posto que excluir alguns da teoria geral dos contratos poderia beneficiar quem pretende praticar ilícitos. Seja na forma de sociedade limitada ou anônima, por exemplo, é possível que se investigue a nulidade de determinados atos por configuração de simulação na ou da sociedade.

Já os paraísos fiscais são aqueles países ou territórios em que há benefícios tributários, ou seja, em que são estabelecidas alíquotas mais baixas ou até mesmo nenhuma tributação⁵⁵⁹. Como elucidado, uma *offshore* pode ser constituída em um paraíso fiscal ou não. Contudo, caso a sua sede esteja em um paraíso fiscal, é certo que ela não poderá exercer as suas atividades neste país ou território⁵⁶⁰.

O paraíso fiscal pode ser classificado com puro ou relativo. Paraíso fiscal puro é aquele em que a carga tributária é zero, havendo apenas os custos com taxas ou emolumentos para a constituição da pessoa jurídica. Por outro lado, o paraíso fiscal relativo é aquela localidade em que há incidência de tributos, mas em uma carga tributária reduzida⁵⁶¹.

Ademais, Claudio Camargo Penteado elenca seis requisitos para que um país possa ser considerado um paraíso fiscal, ressaltando que não basta o critério da tributação reduzida ou inexistente, mas a configuração de todos ou, pelo menos, da sua maioria. Seriam eles a estabilidade política e legislativa, a existência de sigilo bancário e comercial rigorosos, infraestrutura desenvolvida, serviços financeiros e profissionais de nível internacional, regulamentação e supervisão bancária e financeira condizentes com padrões internacionais de qualidade e, por fim, ausência de controles cambiais, ou seja, a livre conversibilidade de moedas, viabilizando que a criação de contas bancárias com distintas moedas⁵⁶².

Historicamente, indica-se que a primeira *offshore* instituída foi a Companhia das Índias Orientais, fundada em 1600 pela rainha Isabel. Em consonância com o conceito acima aludido, sabe-se que a ela “se reservou o monopólio do comércio asiático, ou seja, deveria operar fora do território de sua constituição”⁵⁶³.

⁵⁵⁸ PENTEADO, 2007, p. 32.

⁵⁵⁹ GOMES, Fábio Luiz. Sigilo bancário e os paraísos fiscais. In: GOMES, Fábio Luiz. **Obrigações empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 147.

⁵⁶⁰ PENTEADO, op. cit., p. 32.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 35-36.

⁵⁶² Ibidem, p. 36-37.

⁵⁶³ Ibidem, p. 33.

Já o surgimento de paraísos fiscais se intensificou com o período pós 2ª Guerra Mundial⁵⁶⁴, em que boa parte dos países que participaram dela tiveram que aumentar a sua carga tributária com o intuito de se recompor. Em contraponto, surgiram novos territórios para ocupar esta posição de paraísos fiscais.

5.3.2 Compreensões acerca da constituição de *offshore companies* e dos paraísos fiscais e possíveis efeitos da constatação da simulação no Brasil

A primeira concepção que se tem com o termo “paraíso fiscal” é negativa, pois há uma forte campanha no sentido de que todo aquele investidor que leva o seu capital para fora ou que constitui pessoa jurídica no exterior para atuar em território nacional está realizando um ato ilícito. Tal compreensão é ratificada com a constatação de que há uma cultura de lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas, armas, corrupção, bem como outros crimes organizados, em paraísos fiscais⁵⁶⁵.

Tal visão sobre os paraísos fiscais não é recente. Calixto Salomão Filho, em seu estudo acerca das sociedades unipessoais, apresenta que a imagem de paraíso fiscal atribuída ao Principado de Liechtenstein ocasionava “uma forte sensação de fraude”⁵⁶⁶.

Um caso que pode exemplificar situações em que houve o recurso às *Offshores* para a prática de ilícitos é a Operação Bicho Mineiro, apresentada por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede em sua obra, pois “se recorria a offshores, ou seja, a sociedades estrangeiras, constituídas no exterior, designadamente em paraísos fiscais, dificultando detectar quem eram seus verdadeiros controladores”⁵⁶⁷.

Outra situação que ocorreu no Brasil e é mencionada como exemplo para o estudo da matéria pelos mencionados autores foi a Operação Castelhana, que se utilizava da seguinte estrutura para a prática de ilícitos, recorrendo a institutos que não são mais admitidos no Brasil, como ações ao portador, conforme já fora apresentado⁵⁶⁸:

[...] constituíam-se empresas de fachada no exterior (*offshore companies*), mais precisamente sociedades anônimas estabelecidas no Uruguai e na Espanha. [...] O esquema incluiria o uso de laranjas, em cujo nome estariam tais corporações, o que seria feito visando a ocultação de bens dos clientes empresários.

Dessa maneira, após constituídas as sociedades estrangeiras (offshore companies) de fachada, usavam-nas para a aquisição do patrimônio dos próprios empresários, que deixavam de tê-lo em seus nomes. No entanto, como controlavam as sociedades

⁵⁶⁴ GOMES, F., 2016, p. 147.

⁵⁶⁵ Ibidem, p. 148-149.

⁵⁶⁶ SALOMÃO, Calixto Filho. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 9.

⁵⁶⁷ MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 42.

⁵⁶⁸ Ibidem, p. 20, grifo do autor.

mantidas em nome de laranjas, acabavam por preservar a titularidade dos bens que aparentemente teriam alienado. A garantia seria o uso de ações ao portador que eram entregues aos empresários brasileiros. Dessa forma, embora não constassem nos registros como titulares das companhias, mantinham o seu controle de fato e de direito.

Há também casos mais recentes acerca da temática. Neste ano de 2016, foi divulgada a investigação jornalística denominada “Panamá Papers”, cujo objeto de pesquisa foram os trabalhos realizados pelo escritório de advocacia Mossack Fonseca. O resultado da investigação intensificou esta visão deturpada que se tem sobre a constituição de *offshore*, aproximando-as das sociedades de fachada.

Por outro lado, nesta mesma ocasião houve uma maior divulgação de artigos e notícias veiculados na tentativa de explicar que a ilegalidade não está no simples fato de se constituir uma *offshore*, mas em outros atos que a pessoa tenha praticado e pretenda dissimular através de uma pessoa jurídica. O ilícito da simulação, dentre outros que também são praticados em conjunto, pode ser praticado através da constituição de pessoa jurídica em território nacional ou não.

Questão de extrema importância quando se analisa a prática de ilícitos através de uma *offshore* é compreender em quais atos está a simulação e quais seriam os efeitos decorrentes da sua configuração.

Neste ponto, aplica-se a distinção apresentada nesta pesquisa acerca da simulação *na* ou *da* sociedade. Caso o registro feito no Brasil apenas represente uma aparência, seja total ou parcial, estará evitado pela nulidade absoluta. Contudo, caso haja a real intenção na sua constituição, mas seja constatada a prática de atos jurídicos simulados, apenas estes poderão ser considerados como nulos. A nulidade de ato praticado pela sociedade empresária, que não seja simulada, não irá afetá-la.

Por esta situação é que a Receita Federal do Brasil passou a adotar medidas preventivas e para maior controle sobre dados, de modo a conseguir evidenciar o ilícito indicado.

5.3.3 Mecanismos de controle e prevenção no Brasil quanto às *offshore companies* e aos paraísos fiscais como tentativa de diminuir a prática da simulação

A Receita Federal do Brasil tem atuado no sentido de dificultar a sonegação de informações de sociedades com exercício em território nacional e constituídas em paraísos fiscais, através de mecanismos de controle que vêm sendo implantados. Entende-se que este

esforço pode tornar o percurso mais oneroso, mas fortalece a autonomia privada para a prática destes atos por conferir maior segurança jurídica.

Inicialmente, deve-se apresentar que o próprio ordenamento legal brasileiro conceitua o que seriam os paraísos fiscais. A Lei nº 9.430, de 1996⁵⁶⁹, estabelece em seu artigo 24 que país com tributação favorecida é aquele “que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento”. Em seguida, no parágrafo 4º deste mesmo dispositivo, complementa o conceito delimitado como sendo também o país ou território que “não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes”.

A Instrução Normativa nº 1.037, de 2010, da Receita Federal do Brasil, também conceitua estas localidades e relaciona os países com tributação favorecida, os paraísos fiscais. Em seu artigo 1º, estão discriminados os 65 países que o Brasil considera como paraísos fiscais. No seu artigo 2º, passa a descrever o que seriam os regimes fiscais privilegiados, em onze situações.

Além disso, a Receita Federal do Brasil editou ato no intuito de tornar mais eficiente o controle sobre as sociedades empresárias sediadas no exterior, incluindo as *offshore*. A Instrução Normativa nº 1634, de 2016, que passa a regular o Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas.

Esta instrução normativa passa a exigir que sejam registradas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, conforme seu artigo 4º, inciso XV as “entidades domiciliadas no exterior que, no País: a) sejam titulares de direitos sobre: 1. Imóveis; 2. Veículos; 3. Embarcações; 4. Aeronaves; 5. Contas-correntes bancárias; 6. Aplicações no mercado financeiro ou de capitais; ou 7. Participações societárias constituídas fora do mercado de capitais” ou ainda que “b) realizem: 1. Arrendamento mercantil externo (leasing); 2. Afretamento de embarcações, aluguel de equipamentos e arrendamento simples; ou 3. Importação de bens sem cobertura cambial, destinados à integralização de capital de empresas brasileiras” e inclui no seu inciso XVI as “instituições bancárias do exterior que realizem operações de compra e venda de moeda estrangeira com bancos no País, recebendo e entregando reais em espécie na liquidação de operações cambiais”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁵⁷⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 1634, de 06 de maio de 2016**. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Publicado(a) no DOU de 09/05/2016, seção 1, pág. 39. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=73658>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

O ato exige ainda que sejam informados no Quadro de Sócios e Administradores “os administradores das entidades estrangeiras requerentes do cadastro no CNPJ, ainda que detenham ou exerçam a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores das entidades”. Denomina-os como beneficiários finais.

No intuito de conferir maior efetividade e para abranger todas as situações em que o sócio real poderia estar dissimulado por um laranja, a Receita Federal conceitua beneficiário final como sendo “I - a pessoa natural que, em última instância, de forma direta ou indireta, possui, controla ou influencia significativamente a entidade; ou II - a pessoa natural em nome da qual uma transação é conduzida”. Mais adiante, no parágrafo seguinte, prevê ainda que esta influência significativa será presumida sempre para a pessoa natural que “I - possui mais de 25% (vinte e cinco por cento) do capital da entidade, direta ou indiretamente; ou II - direta ou indiretamente, detém ou exerce a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da entidade, ainda que sem controlá-la”.

Por fim, cumpre ressaltar que as sociedades domiciliadas no exterior poderão realizar a sua inscrição no CNPJ por três meios diversos, a depender da sua forma de atuação e atividade. Através do registro na Comissão de Valores Mobiliários para sociedades sediadas no exterior exclusivamente para realizar aplicações no mercado financeiro ou de capitais, de acordo com o artigo 19, ou por meio do cadastramento no Cadastro de Empresas do Banco Central do Brasil, para aquelas sociedades que se enquadrem nas hipóteses previstas no item 7 da alínea “a” e na alínea “b” do inciso XV e no inciso XVI do caput do art. 4º, acima transcritas.

A terceira hipótese está prevista no artigo 21 e será por meio da regra geral para registro, realizado diretamente em unidade cadastradora do CNPJ. Ressalte-se que tal situação está vedada para as pessoas jurídicas indicadas nos artigos 19 e 20 da instrução normativa nº 1634.

Conclui-se que através das mencionadas exigências, a Receita Federal do Brasil tenta viabilizar um maior controle sobre as informações de pessoas jurídicas sediadas no exterior e que detenham patrimônio ou realizem atividades no Brasil. Além disso, terá mais informações e exigirá cadastro dos administradores, ainda que não sejam sócios, conferindo maior transparência e visando impedir a prática de ilícitos.

Nesta pesquisa não cabe investigar a legalidade da referida instrução normativa, mas elucidar que a Receita Federal do Brasil está atuando na intenção de reduzir o número de *offshore companies* para realização de atos ilegais. Sabe-se que as burlas às regras, inclusive a esta instrução normativa, não desaparecerão, mas estes atos visam justamente a sua redução, conferindo a segurança jurídica que se pretende ao estarem cercados e controlados os ilícitos.

5.3.4 A licitude na constituição de *offshore companies* enquanto exercício da autonomia privada do empresário

Diante de todo este aparato legal quanto à constituição de sociedades empresárias em territórios estrangeiros para atuação no Brasil, revela-se que mero preconceito não pode limitar o exercício da autonomia privada daquele investidor que licitamente pretende fundar uma *offshore*, ao buscar uma melhor forma de tributação e organização do seu capital. Neste ponto, não se verifica qualquer comportamento contrário à ordem legal, pois, pelo contrário, há expressa previsão legal sobre o conceito de países com tributação favorecida, sem que este comportamento seja vedado.

O que se constata com a saída de capital é, em verdade, uma perda de investimentos para o próprio país o que, deve-se ressaltar, apesar de ser lícito e de a vontade interna daquela parte ser condizente com aquela exteriorizada, não deveria ser incentivado. Isto porque o capital investido internamente pode trazer melhorias ao próprio país.

Neste sentido, Fábio Luiz Gomes sugere algumas soluções para que os Estados possam estimular que o capital seja investido internamente. Estas atitudes seriam promovidas principalmente pela Administração Pública, ao conferir maior assistência ao contribuinte, esclarecendo-lhe acerca dos seus direitos e deveres. Uma compreensão sobre o sistema fiscal, com transparência e eficiência, é uma medida benéfica para a diminuição da saída de capital⁵⁷¹.

O que não pode ser feito é promover uma campanha contra os paraísos fiscais, na tentativa de instituir uma visão enviesada e pejorativa sobre a sua existência, pois, a priori, ilicitude não há.

A partir destes esclarecimentos, defende-se esta possibilidade de se desenvolver atividades, em especial de investimentos bancários, fora do país, demonstrando de que forma a instituição desta personalidade jurídica está condizente com o princípio da autonomia privada. Caso se configure a prática de simulação, o ordenamento jurídico pátrio oferece aparato para que se detecte e considere o ato dissimulado para a produção de efeitos, viabilizando assim, por exemplo, a correta tributação ou aplicação das penalidades relacionadas.

Carolina Iwancow Ferreira defende que os empreendedores não estariam obrigados e tampouco vinculados a administrar e organizar o seu patrimônio próprio e a sua empresa de modo a propiciar que o seu país de domicílio venha a ter maior arrecadação⁵⁷². Nesta linha de

⁵⁷¹ GOMES, F., 2016, p. 150.

⁵⁷² FERREIRA, 2013, p. 69.

raciocínio, verifica-se que há plena possibilidade de exercício da autonomia privada, para que negócios jurídicos possam ser formalizados em consonância com a vontade própria do sujeito.

Destaca ainda que a vedação, nestes casos, é no sentido de que o contribuinte empresário não poderá burlar a lei tributária e todas as demais leis nacionais⁵⁷³. A escolha de um regime tributário específico não pode ser feita através de atitudes contrárias ao ordenamento, que seria uma destas a simulação.

A ilegalidade que pode vir a ser perpetrada através de uma companhia no exterior poderá, da exata mesma forma, vir a ser em território nacional, conforme o estudo apresentado. Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho indica que “o fato de a *offshore company* estar sediada fora do Brasil é apenas um elemento que torna mais custoso o levantamento de informações indispensáveis à produção de prova do uso fraudulento da pessoa jurídica em juízo”⁵⁷⁴. E será mais custoso não só para o Estado, ao ter que utilizar todo o seu aparato para rastrear os dados essenciais à configuração de ilícitos como a simulação, como também para o próprio praticante das ilicitudes, posto que o sistema vem cercandoo conforme demonstrado.

Ademais, no caso das *offshore* deve ser aplicada a mesma compreensão explicitada no tópico em que se comparam os efeitos da simulação com a desconsideração da personalidade jurídica, que é o exercício mental proposto nesta pesquisa. A intenção ao se criar esta sociedade empresária foi única e exclusivamente para encobrir bens? O objeto social indicado foi de fato praticado de forma substancial a justificar a sua existência? O objeto social sequer é exercido ou está subdimensionado? Os sócios de direito podem ser enquadrados de fato neste conceito? A depender das respostas a tais questionamentos, saber-se-á se é o caso de simulação da sociedade ou na sociedade e, portanto, o ato constitutivo ou outros atos isolados serão nulos, sobre os quais devem recair as respectivas sanções. É possível ainda que se conclua pela licitude dos atos, mas o ato tem respaldo legal e é mero exercício da autonomia privada.

Caso a simulação refira-se a fato isolado, que não justifique a desconstituição da sociedade empresária pela nulidade do ato constitutivo, deve-se então aplicar de fato o recurso da desconsideração da personalidade jurídica, para atingir aquele sujeito oculto. É neste ponto que estes institutos se encontram, o que pode tanto ocorrer em uma *offshore* quanto em sociedade brasileira.

Portanto, justifica-se a existência deste tópico para afastar o preconceito sobre a constituição de sociedades estrangeiras, posto que não é sinônimo imediato de simulação. A conclusão que pode ser atingida, mais uma vez, é de que a exata compreensão do ilícito da

⁵⁷³ FERREIRA, 2013, p. 69.

⁵⁷⁴ COELHO, 2014, v. 2, p. 71.

simulação, bem como dos seus efeitos, sem que sejam desencadeadas consequências além ou aquém daquelas previstas em lei, é benéfico ao sistema jurídico como um todo. Consolida o espaço de atuação dos indivíduos pela autonomia privada, o que, no caso, se dá através da possibilidade de constituição da pessoa jurídica *offshore* para atuação e investimentos no exterior.

6 CONCLUSÃO

1. Verifica-se que há um espaço para a atuação no mundo jurídico conforme a vontade das partes, cuja extensão será definida a partir das normas cogentes de uma dada ordem jurídica. Estas normas servem como moldura e o âmbito de atuação pela vontade estaria em seu interior.

2. Dentre as teorias voluntarista, da declaração, da responsabilidade e da confiança, entende-se que a teoria da confiança é aquela que consegue congrega a importância das declarações de vontade, em prol da certeza e da segurança das partes, sem desconsiderar a vontade interna, a qual tem seu valor reconhecido e deve orientar as relações. Constata-se que a teoria da confiança foi acolhida pelo Código Civil de 2002, especialmente ao se analisar o seu artigo 112.

3. Considerando que a vontade autônoma é um dos requisitos para a existência do negócio jurídico, mas não mais o único, entende-se que a teoria da autonomia da vontade faz transparecer uma aceção extremamente individualista. Portanto, adota-se o conceito de autonomia privada, através do qual se contesta o dogma da vontade ao se afirmar que o puro consenso não é capaz de criar direito.

4. O Direito Empresarial e, em análise mais restrita, o Direito Societário, é um campo fértil para que as partes possam atuar conforme a sua autonomia privada, através da construção de negócios jurídicos de acordo com seus interesses individuais. Contudo, a autonomia privada não viabiliza a constituição de sociedade empresária atípica, pois se trata de norma cogente. Não se admitem as sociedades atípicas, mas sim as sociedades típicas com cláusulas atípicas, de modo que a atividade inventiva incidirá sobre estas.

5. Constata-se que a principal diferença entre os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos é que naqueles há liberdade na celebração, há um ato de vontade em escolher e celebrar determinado ato que está descrito em determinado suporte fático, mas os efeitos jurídicos serão necessários, ou “*ex lege*”, sem que haja liberdade nesta seara. No âmbito dos negócios jurídicos, há, nos limites conformados pela lei, liberdade também na definição dos efeitos jurídicos que se pretende conferir àqueles determinados atos jurídicos que não são contrários à lei e possam ingressar no mundo jurídico.

6. Os contratos e estatutos sociais têm a natureza de são negócios jurídicos contratuais plurilaterais. Com base nisso, é possível que as regras postas no Código Civil quanto aos negócios jurídicos contratuais sejam aplicáveis a estes atos constitutivos, inclusive no que tange às invalidades.

7. O negócio jurídico nulo é aquele que fora praticado em afronta ao ordenamento jurídico pátrio. Esta espécie de invalidade apresenta como principais características ser imediata, absoluta, incurável e perpétua. Eventuais situações excepcionais não desnaturam esta sua essência e efeitos práticos.

8. No caso da simulação, que passa a ser hipótese de nulidade absoluta do negócio jurídico com a Lei Civil de 2002, conclui-se que se reconhece a gravidade que há no ato de simular por si só, independentemente da intenção de prejudicar terceiros ou violar a lei. A afronta ao ordenamento jurídico está neste conluio das partes em simularem uma situação aparente e falsa. Por isso, não há mais a necessidade de classificá-la como nocente ou inocente.

9. Entende-se que, na simulação, as partes acordam em esconder, simular, fingir algo. Independentemente da forma linguística e dos signos eleitos para melhor desenhar este cenário, é importante que se tenha em mente a existência de algo que ilude terceiros, que não revela a real intenção das partes. Por isso, não se adota uma específica teoria, mas essa ideia central que permeia todas as apresentadas nesta pesquisa.

10. A partir da proteção conferida pelo Código Civil de 2002, que ressalva os direitos dos terceiros de boa-fé, entende-se que esta é possível através da adoção da teoria da aparência, que tem fundamento no princípio que protege a boa-fé. Conclui-se que, a partir desta teoria, o ordenamento jurídico passa a conferir eficácia a determinadas situações aparentes que suscitam em terceiros uma crença de serem verdadeiras.

11. Entende-se que simulação e fraude contra credores são institutos que comportam uma discrepância na vontade declarada, mas cujas respectivas sanções são diferentes. Isto porque a simulação deve ter prévio acordo simulatório e seu objetivo é principalmente o de fingir uma determinada situação, seja para esconder algo ou não, cuja sanção é a nulidade absoluta do ato. Por outro lado, a fraude contra credores é praticada com o intuito de não serem satisfeitos determinados créditos, frustrando as expectativas dos credores já existentes, sem que finja uma situação ou esconda outro negócio jurídico, cuja consequência será a sua anulabilidade.

12. Verifica-se que a reserva mental e a simulação recebem tratamentos diversos pelo sistema jurídico brasileiro atualmente, sendo que o primeiro instituto indicado não afeta na existência ou validade do negócio jurídico caso não seja conhecida pela outra parte. Já a simulação leva à nulidade do negócio jurídico.

13. Em comparação com o negócio fiduciário, entende-se que este não é sinônimo de negócio simulado, pois não há qualquer conflito entre a vontade declarada e aquela que está no conteúdo do ato jurídico. A declaração de vontade no negócio fiduciário está em consonância

com a real intenção das partes, que nada pretendem esconder. Este negócio é, de fato, querido pelas partes, que está acessível a terceiros. Os efeitos jurídicos são admitidos pelas partes, que pretendem apenas atingir outros que transcendem aqueles tradicionalmente imputados a um determinado negócio jurídico pela conformação de uma complexidade de negócios através da confiança.

14. Em análise aos pontos de aproximação entre abuso de direito e simulação, conclui-se que a semelhança está no fato de que o Código Civil de 2002 não exige mais para nenhuma destas duas espécies de ato ilícito, abuso de direito e simulação, a intenção de se prejudicar terceiro. Contudo, entende-se que a principal diferença entre o ato simulado e o ato que excede os limites do direito subjetivo está nos efeitos jurídicos que deles decorrem. O negócio jurídico simulado será nulo, enquanto que os efeitos do abuso de direito são diversos, sendo o principal o dever de indenizar.

15. Compreende-se ser possível a simulação *da* sociedade. Portanto, o ato constitutivo simulado é nulo, bem como todos aqueles atos praticados pela pessoa jurídica aparente. Neste cenário, ficam ressalvados os direitos dos terceiros de boa-fé, contra os quais as partes da simulação não poderão opô-la. Conclui-se que esta simulação *da* sociedade será sempre total.

16. Verifica-se que a simulação *na* sociedade seria aquela que não infecta a sociedade como um todo, de modo que não deverá ser reconhecida a nulidade do ato constitutivo, mas atinge o ato pelo qual o sócio fictício ingressa na sociedade empresária. Entende-se que o uso do termo simulação *na* sociedade refere-se à hipótese de uma simulação subjetiva, que poderá ser relativa ou absoluta, parcial ou total, a depender do ato jurídico em que esteja configurada.

17. A desconsideração da personalidade jurídica seria um instrumento que viabilizaria a ineficácia relativa da personalidade jurídica, de forma episódica e pontual. Constata-se que o seu surgimento está atrelado à concepção de ser uma situação excepcional, quando constatado o uso abusivo da personalidade jurídica.

18. Constata-se que, no Brasil, a primeira menção feita à desconsideração da personalidade jurídica ocorreu pela doutrina – Rubens Requião – para em seguida ser inserida na jurisprudência e, por fim, nos diplomas legais. A primeira lei que trata expressamente do instituto é o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que adota a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

19. Conclui-se que a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica apenas passa a ser incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro em 2002, com a edição do Código Civil ora vigente, norma geral que rege as relações privadas. Constata-se que este instrumento apenas deve ser adotado diante da real necessidade, por ser situação excepcional. Ou seja,

sempre que haja uma situação de abuso da personalidade jurídica, em duas hipóteses pré-determinadas: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

20. Critica-se que o intenso recurso a este instrumento, que promove o desgaste da personalidade jurídica e enfraquecimento do princípio da autonomia da pessoa jurídica. Entende-se que o risco é que este instrumento venha a ser aplicado sempre que haja um caso de inadimplência da sociedade empresária, como se fosse uma regra geral. Entende-se também que este tipo de atitude desvaloriza e enfraquece diversos outros institutos do direito pátrio, como a simulação, que tem o seu regime próprio e consequências específicas, ou até mesmo as hipóteses de responsabilização direta do administrador ou do sócio.

21. Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não haverá a nulidade de qualquer ato, não há uma simulação, um negócio jurídico aparente. Há o uso abusivo pontual da personalidade jurídica, que não será extinta, mas que terá seu efeito suspenso temporariamente de modo que se viabilize atingir o patrimônio pessoal dos sócios. Verifica-se que a simulação, diferentemente da desconsideração da personalidade jurídica, poderá ensejar a despersonalização da sociedade empresária, a depender das circunstâncias que se configurem.

22. Conclui-se, então, que os institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da simulação não se confundem. Contudo, os institutos não se excluem e há situações em que ambos estarão presentes, como nos casos em que o abuso da personalidade jurídica da sociedade empresária venha a se dar através de um ato simulado. Assim, caso se promova a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade pela prática de um ato simulado, além da nulidade deste, poderá se recorrer à responsabilização pessoal do sócio que desencadeou tal situação.

23. Verifica-se também que há situações em que o reconhecimento da simulação revelará se é o caso ou não de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a apresentar aquele que deve ser responsabilizado. Seria uma sequência de atos que ensejem a aplicação de ambos os institutos.

24. Entende-se que, a partir da análise casuística, é possível identificar quais institutos e respectivos instrumentos devem ser utilizados, sempre com enfoque em qual medida será mais eficaz. Para tanto, sugere-se a elaboração de alguns questionamentos, como “houve ou continuou existindo *affectio societatis*?”, “a pessoa jurídica vinha desempenhando o seu objeto social e era este lícito ou não proibido?”, “houve intenção de burlar a regra legal”, “houve intenção real de constituir nova sociedade ou de tentar esconder uma situação?”, para se analisar a licitude dos atos praticados e se distinguir qual o instituto jurídico aplicável ao caso concreto.

25. Diante dos conceitos de sócio, administrador e procurador, conclui-se que sócio fictício – “laranja” – não apresenta quaisquer dos elementos configuradores de sócio, de modo

que o “laranja” não contribui com a constituição do capital social e tampouco deve participar dos resultados sociais.

26. Verifica-se que o patrimônio se subdivide em patrimônio ativo, patrimônio passivo e patrimônio líquido. Para a análise do planejamento patrimonial, entende-se relevante compreender o princípio da garantia geral, pelo qual que toda a universalidade que compõe o patrimônio de uma pessoa servirá de garantia às dívidas que forem assumidas.

27. Entende-se por blindagem patrimonial o conjunto de ilícitos praticados para esconder o patrimônio ativo de determinado sujeito. Verifica-se como possíveis atos ilícitos que estariam abarcados em uma blindagem patrimonial os seguintes: uso de “laranjas”, utilização irregular de *offshores*, evasão de divisas, fraudes na escrituração contábil, maquiagem de balanços patrimoniais, negócios fraudulentos, dentre outros. Conclui-se que a blindagem patrimonial é uma forma de romper com o princípio da garantia geral.

28. Constata-se que a concepção de se estruturar um Planejamento Sucessório é possibilitar que, através dos anseios daqueles empreendedores específicos, seja conduzido o seu negócio em atenção aos limites e às possibilidades legais postas. O planejamento sucessório abarca aqueles patrimonial e societário e é uma medida contra a mera espera da morte, ao viabilizar que o empreendedor em vida antecipe a gestão do seus negócios e bens.

29. Verifica-se que uma das possíveis formas da concretização do Planejamento Sucessório é através de uma *holding*, uma nova pessoa jurídica que será detentora da maior parte do capital social das demais sociedades operacionais. Conclui-se que há diversos benefícios com a constituição de uma *holding*, como a possibilidade de que os conflitos familiares estejam confinados nos limites da sua personalidade jurídica, e não atinjam as sociedades operacionais.

30. No ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento legal das *holdings* está na Lei de Sociedades Anônimas, em seu artigo 2º, §3º. Entende-se que esta regra não tem o poder de limitar a natureza jurídica e tampouco o tipo societário destas sociedades, posto que apenas abarcar uma das possibilidades de se constituir uma *holding*, que seria a do tipo pura e no formato de sociedade anônima.

31. Conclui-se que, nos planejamentos sucessórios, a vontade deve ser externada com clareza, no âmbito da liberdade conferida pela autonomia privada. O ato constitutivo, então, assume posição de destaque como meio de exercício da autonomia privada do empresário no âmbito do planejamento sucessório.

32. No âmbito do planejamento tributário, entende-se que a adoção de critérios mais objetivos viabiliza a investigação da simulação, a exemplo de: o adequado intervalo

intertemporal entre as operações, o grau e a natureza do envolvimento entre as partes e, por fim, a coerência entre as atividades empresariais e a operação proposta com o planejamento tributário. Entende-se que não devem ser utilizados conceitos extremamente subjetivos – motivo não-tributário – de forma a respaldar arbitrariedades.

33. Por fim, conclui-se ser possível o desenvolvimento de atividades, em especial de investimentos bancários, fora do país através de sociedades *offshore*, pelo que a instituição de novas pessoas jurídicas está condizente com o princípio da autonomia privada. Caso se configure a prática de simulação, da mesma forma como ocorreria com sociedades fundadas em território nacional, o ordenamento jurídico pátrio oferece aparato para que se detecte e seja reconhecida a nulidade do ato simulado, bem como se revele o ato dissimulado para a produção de efeitos, viabilizando assim, por exemplo, a correta tributação ou aplicação de penalidades no âmbito interno do sistema brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. **Bahia Forense**: legislação, doutrina e jurisprudência. Salvador, n. 22, p.15-34, out./dez. 1983.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ANGELO, Carlos Eduardo Peroba. Aplicação dos conceitos de planejamento tributário na jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes e na doutrina. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 491-504.

ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Red Livros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Contrato: do clássico ao contemporâneo. A reconstrução do conceito. In: ASSIS, Araken de. et al. **Direito civil e processo**. São Paulo: RT, 2007. p. 100-111.

_____. **Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade**. 2016. (Artigo não publicado cedido pela autora).

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; MARTINS, Irena Carneiro. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo. **Coleção repercussões do novo CPC: direito civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 14, p. 261-282.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17661.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **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/L6404compilada.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **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://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8884-11-junho-1994-349808-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **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://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 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: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 1634, de 06 de maio de 2016.** Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Publicado(a) no DOU de 09/05/2016, seção 1, pág. 39. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=73658>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Minas Gerais. **MPF denuncia os quatro empresários presos hoje pela Operação Bicho Mineiro**. Publicado em: 10 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/criminal/mpf-denuncia-os-quatro-empresarios-presos-hoje-pela-operacao-bicho-mineiro>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria da Micro e Pequena Empresa. Secretaria de Racionalização e Simplificação. Departamento de Registro Empresarial e Integração. **Instrução normativa DREI nº 28, de 6 de outubro de 2014**. Dispõe sobre o procedimento a ser adotado, no âmbito das Juntas Comerciais, para o arquivamento de procurações públicas encaminhadas pelos Tabelionatos de Notas. Disponível em: <<http://www.drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-05/in-drei-28-2014.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 111.924/PR (1996/0066757-8)**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 19 de setembro de 2000. Publicado no DJ de 28/05/2001. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/RESP%20111294PR.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

_____. _____. **Recurso especial nº 1.620.702/SP (2016/0090145-5)** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado no DJe em: 29/11/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557387&num_registro=201600901455&data=20161129&formato=PDF>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. _____. **Recurso especial nº 55.566/SP**. Relator: Ministro Garcia Vieira. Publicado em: 05/12/1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400313950&dt_publicacao=05-12-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 7 nov. 2016.

_____. _____. **Recurso especial nº 776.304/MG (2005/0140131-4)**. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 05 de novembro de 2009. Publicado no DJE em: 16/11/2009. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20091116.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. _____. **Recurso especial nº 946.707/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJU de 31/08/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=906826&sReg=200700926564&sData=20090831&formato=PDF>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 16.984-PR**. Relator: Ministro Luiz Galloti. Publicado em: 10/07/1950. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=118667>> Acesso em: 7 nov. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2004.71.10.003965-9-RS**. Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, 2.a Turma. Publicado no DJU de 06/09/2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1254430&hash=0dd6c69b36abc1239526e96f1248a34f>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região. **Apelação nº 1355200900710002/DF**. Relator: Desembargador Alexandre Nery de Oliveira. Data de Julgamento: 12/12/2012. Publicado no DEJT em: 15/02/2013.

BRUSCATO, Wilges Ariana. **Empresário individual de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. **Manual de direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Ana Clara Noletto dos Santos. Simulação no Código Civil. **Conteúdo jurídico**, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,simulacao-no-codigo-civil,47369.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARBONELL, Miguel. (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003.

CARMO, Eduardo de Sousa. Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, v. 75, p. 41-48, jul./set. 1989.

CARVALHO, Raimundo M. B. Da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade: sociedade anônima e por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, v. 73, p. 22-38, jan./mar. 1989.

CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de. A arbitragem nos contratos de adesão: da legalidade à sua inaplicabilidade. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17. 2008. Salvador. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 4626-4645. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_motta_vaz_de_carvalho-2.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: artigos 75 a 137.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2.

CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. **Scientia Iuris**, Londrina, vol. 5/6, p. 430-463, 2001/2002.

_____. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 7/8, p. 367-190, 2003/2004.

CODICE civile. In: **La legge per tutti: informazione e consulenza legale.** Atualizado em: 16 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.laleggepertutti.it/codice-civile/art-1414-codice-civile-effetti-della-simulazione-tra-le-parti>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 2v.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORDEIRO, António Barreto Menezes. **Da simulação no direito civil.** Coimbra: Edições Almedina, 2014.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: RT, 1999.

CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

ELISÃO, a simulação fiscal e a legislação no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, Seção Mundo dos Negócios, 26 mar. 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-mar-26/elisao_simulacao_fiscal_legislacao_brasil>. Acesso em: 1º dez. 2016.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: COSTA, Judith Martins et al. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 662-714.

FERRARA, Francisco. **A simulação dos negócios jurídicos.** São Paulo: Saraiva, 1939.

FERRAZ, Andréa Karla; GODOI, Marciano Seabra de. Planejamento tributário e simulação: estudo e análise dos casos Rexnord e Josapar. **Revista Direito GV**, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 8, n. 1, p. 359-380, jan./jun. 2012.

FERREIRA, Carolina Iwancow. Proteção patrimonial internacional: alternativas para um investimento seguro. In: FERREIRA, Carolina Iwancow; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha (Org.). **Desafios empresariais e seus reflexos jurídicos**. São Paulo: Ícone, 2013. p. 51-73.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRATTARI, Rafael. **Decadência e prescrição no direito tributário: em defesa da norma geral no direito tributário**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

FREITAS, Rodrigo de. É legítimo economizar tributos? Propósito negocial, causa do negócio jurídico e análise das decisões do antigo Conselho de Contribuintes. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 441-490.

FROTINI, Paulo Salvador. Pessoas jurídicas no Código Civil de 2002. Elenco, remissão histórica, disposições gerais. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 44, n. 137, p. 93-118, jan./mar. 2005.

GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Fábio Luiz. Sigilo bancário e os paraísos fiscais. In: GOMES, Fábio Luiz. **Obrigações empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147-150.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Transformações gerais dos direitos das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Júlio Cesar Pogorzelski. **O administrador não sócio nas sociedades limitadas: deveres jurídicos e responsabilização**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Noções gerais. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de direito empresarial**: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016c, v. 2. p. 89-113.

_____. O ato constitutivo e seus elementos essenciais. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de direito empresarial**: empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, v. 2, p. 135-168.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73.

JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 9 maio 2015.

JOARY, Márcia Valéria da Paixão. **Blindagem patrimonial**: aspectos legais e jurisprudenciais. 2012. 62 f. Monografia (Especialização em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIGNEL, Luiz; LONGO, José Henrique; PHEBO, Márcia Setti. **Planejamento sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires. **Holding**. 3. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2004.

LOPES, Giovana L. Peluso; SILVA, Denis Franco. O conceito de pessoa: em busca da abstração legal. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SILVA, Rafael Petefii da; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio. (Coord.). **Direito civil**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 31-52. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=370666e2a8735a18>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MAIA, Luiz Felipe Horta. **O desvio da função social da empresa como pressuposto para desconsideração da personalidade jurídica**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____.; _____. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MALAQUIAS, Claudemir Rodrigues. **Legitimidade do planejamento tributário: critérios**. 2010. 71f. Monografia. Escola de Administração Fazendária, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/monografias/legitimidade-do-planejamento-tributario-criterios.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Gênesis: revista de direito processual civil**, Curitiba, v. 6, n. 22, p. 843–849, out./dez. 2001.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Irena Carneiro. **A importância da limitação da responsabilidade de sócios e da delimitação da responsabilidade de administradores para as relações econômicas no ordenamento brasileiro**. 2008. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Secretaria da Fazenda. Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 19.701/10/3^a**. Publicado no Diário Oficial em: 4/9/2010. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/conselho_contribuintes/acordaos/2010/3/19701103.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v.2.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 3.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**, ano 2, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. A (des)naturalização teórica da pessoa jurídica. In: LOPES, Christian Sahb Batista; OLIVEIRA, José Sebastião de; BOSCO, Maria Goretti Dal. (Coord.). **Direito civil contemporâneo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 138-154. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/852e718s/N77F8P63Qm4546a1.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Repensando a *Disregard Doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconconsideração da personalidade jurídica. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Temas de direito civil-empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 167-196.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A simulação no código tributário nacional e na prática. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, n. 27, p. 561-579, 2012.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; BRECCI, Luis Henrique Monteiro. As vantagens fiscais proporcionadas pela sociedade "holding imobiliária". **Revista Síntese Direito Imobiliário**, São Paulo: IOB, ano 6, n. 30, p. 78-85, nov./dez. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A nulidade no processo civil**. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

PEIXOTO, Eduardo Collet e Silva. **Lesão e revisão judicial do contrato**. 2009. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**: Uruguai, Cayman, Ilhas Virgens Britânicas. São Paulo: Pílares, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1.

PORTUGAL. **Código civil**: legislação complementar, jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: INCM, 2016.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Notas sobre as sociedades fictícias, ou de favor. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Malheiros, ano 43, n. 134, p. 85-95, abr./jun. 2004.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Para novas estruturas, novos paradigmas**. 2002. Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/online/artigo/1412_O+NOVO+CODIGO+CIVIL#/tagcloud=lista>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Visão geral do projeto do Código Civil. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, ano 18, n. 13-14, p. 139-150, 1998.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício. (Coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 13-30.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. **Proteção patrimonial**: como planejar e proteger o seu patrimônio e de seus herdeiros. 2 ed. Guaxupé: Tático, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Sociedade Simulada. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo: Malheiros, ano 36, n. 105, p. 70-73, jan./mar. 1997.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O desafio do planejamento tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento tributário e o “propósito negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-20.

SILVA, Rodrigo Tellechea. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 283-302, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Terá a personificação das sociedades função econômica? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, p. 63-77, jan. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67664>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

VIEIRA, Lucas Carlos. Função social e defeitos sociais dos negócios jurídicos: a simulação e a fraude à lei. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 1, p.1-35, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Vieira-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.