

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DO DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Pedro Ricco Deos

A SOCIEDADE OCULTA NO DIREITO BRASILEIRO

Porto Alegre

2016

PEDRO RICCO DEOS

A SOCIEDADE OCULTA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Direito Societário.

Orientador: Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva.

Porto Alegre

2016

PEDRO RICCO DEOS

A SOCIEDADE OCULTA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso a ser apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Área de concentração: Direito Societário.

Monografia a ser apresentada em 15 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva (Orientador)

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor Doutor Fabiano Menke

AGRADECIMENTO

Da notícia de ingresso na Faculdade de Direito da UFRGS aos momentos finais da etapa acadêmica que se encerra, o sentimento de que valeu a pena!

Registro o meu agradecimento ao Professor Luis Renato Ferreira da Silva, modelo de conduta profissional e acadêmica, de quem tenho o prazer de ser orientando. Esta é apenas mais uma orientação do Professor Paraninfo da Turma de 2016, que me orienta desde 2012 pelas palavras e pelo exemplo.

Tive sorte de ter recebido a confiança de excelentes profissionais com quem estagiei durante a graduação. Agradeço ao Artur Gomes Ferreira e à equipe do Garrastazu Advogados pela primeira oportunidade de vivenciar o dia-a-dia da advocacia. Ao TozziniFreire Advogados, nas pessoas do Luis Renato Ferreira da Silva, da Maria Bofill, e do Fernando Sanguiné, com quem despertei o interesse pelo direito empresarial que nutro até hoje. Ao André Ghignatti e à WOW Aceleradora, que arriscaram em um estudante de Direito uma vaga dentro de um negócio, e onde pude entender “o outro lado”. Ao Carlos Klein Zanini, ao Ricardo Boettcher, ao Rudi Matter, e ao MBZ Advogados, onde tenho a honra de poder começar a carreira profissional.

Aos colegas e amigos com quem compartilhei momentos inesquecíveis nesses anos. Se a universidade pública é feita por seus brilhantes alunos, tive a honra de ter esses alunos como amigos, que me fizeram tentar ser sempre melhor para poder acompanhá-los. Um especial agradecimento ao amigo Gustavo Sanseverino, pela confiança nesses últimos anos e pelo auxílio neste trabalho de conclusão.

Aos meus pais, Mauro e Lourdes, que permitiram que cada passo fosse dado com a segurança de quem sabe que, se tropeçar, terá os braços estendidos para impedir a queda. Ao Bruno, quem tenho o orgulho de poder chamar de irmão, e que me acompanha desde sempre. O motivo de tudo que tenho e o pouco que conquistei é a minha família, que me permite e por quem sonho sempre mais alto.

Porto Alegre, dezembro de 2016.

Pedro Ricco Deos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da sociedade oculta e do regime jurídico que a esta se aplica. A existência da sociedade oculta é deflagrada pela celebração de contrato típico dissimulado, incompatível com a função comum social própria do negócio formador da sociedade. Buscando a identificação da existência de sociedade, parte-se da análise dos elementos estruturantes do contrato de sociedade, a partir de uma distinção entre os pressupostos e requisitos comuns a todos os contratos e os elementos específicos do contrato social. Não existindo na relação jurídica em análise os elementos estruturantes próprios, contrato societário não haverá. O exame do consentimento sob a ótica do contrato plurilateral, a constatação da forma não-solene, a possibilidade de manifestação tácita da vontade, a identificação do objeto do contrato de sociedade e de sua causa – o fim comum social – são essenciais para a própria identificação do contrato. Nota-se que o conceito de *affectio societatis*, ainda com ampla aceitação pela doutrina e pela jurisprudência, pouco acrescenta para a identificação do instituto. O ato de contribuição deve destinar-se e ter como fundamento jurídico a formação do patrimônio especial; a contribuição dos sócios nos lucros e nas perdas é elemento preponderante na identificação, especialmente diante da dificuldade probatória, e está ligada à assunção dos riscos negociais pelos contratantes; não caracteriza atividade econômica - elemento delimitador para a classificação da sociedade - a prática de um ato isolado. O critério de diferença entre o negócio simulado e o negócio indireto é encontrado na discrepância (incongruência ou incompatibilidade) entre a causa determinante e a causa típica do negócio, e não na vontade das partes. O negócio jurídico indireto submete-se ao regime do objeto; no negócio dissimulado, o elemento causal discrepante é substituído pela causa dissimulada, e forma-se, a partir daí, a sociedade oculta.

Palavras-chave: **sociedade oculta; sócio oculto; sociedade em comum; negócio jurídico indireto; simulação; negócio dissimulado.**

ABSTRACT

This paper's objective is to study the concealed general partnership and its legal regime. The existence of the concealed general partnership occurs with the execution of a typical contract incompatible with the partnership goal. The identification of the existence of the partnership depends on the analysis of the core elements of the partnership agreement from the distinction between the general assumptions and requirements to every contract and the specific elements of the partnership agreement. If the partnership elements are not identified on the contractual relationship, there is no partnership agreement. The analysis of the consent from the standpoint of the plurilateral agreement, the conclusion of the freedom of the form, the possibility of a tacit manifestation of the will, the identification of the object and the cause of the partnership – the partnership goal – are essential in order to identify the agreement. The *affectio societatis*, which is still accepted by the scholars and the case law, is not important in order to identify the partnership. The cause of the contribution of the partners shall be the formation of the partnership capital; the participation of the partners on the profits and on the losses is a relevant element – specially regarding the difficulty of probation – and is connected to the assumption of risks by the parties; the economic activity – which classifies the type of the partnership - is not formed by the practice of a sole act. The difference between the indirect agreement and the sham agreement is found on the difference (incongruence or incompatibility) between the determinant cause and the typical cause of the agreement, and not on the parties will. The rules of the contractual object apply to the indirect agreement; on the other hand, on the sham agreement, the diverging cause is switched by the real cause, and, therefore, the concealed general partnership is formed.

Key-words: **concealed general partnership; concealed general partner; general partnership; indirect agreement; sham; sham agreement.**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O CONTRATO DE SOCIEDADE	12
1.1. A REUNIÃO DE PESSOAS	13
1.1.1. Possibilidade de Pessoa Jurídica figurar como Sócia	15
1.2. A CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO	17
1.2.1. Pressupostos do Contrato de Sociedade	18
1.2.2. Requisitos do Contrato de Sociedade	21
1.3. A <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i>	30
1.4. A CONTRIBUIÇÃO DOS SÓCIOS	33
1.5. A PARTILHA DOS RESULTADOS	42
1.6. A ATIVIDADE ECONÔMICA	52
2. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO E SIMULADO	57
2.1. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO	58
2.1.1. Desenvolvimento Histórico	60
2.1.2. Estrutura e Disciplina Jurídica do Negócio Jurídico Indireto	63
2.1.3. Negócio Único ou Pluralidade de Negócios	66
2.1.4. Negócio Jurídico Indireto e Fraude à Lei	68
2.1.5. Negócio Jurídico Indireto e Negócio Fiduciário	70
2.2. NEGÓCIO SIMULADO	73
2.2.1. Qualificação Dogmática da Simulação	75
2.2.2. Critérios de Tratamento da Simulação	77
2.3. PROVA DA EXISTÊNCIA	81
2.3.1. Prova da Existência nas Relações Internas	82
2.3.2. Prova da Existência nas Relações Externas	84
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	89

INTRODUÇÃO

Hernani Estrella, em narrativa que remonta às origens do direito comercial, expõe o caso dos mandatários e prepostos que praticavam reiteradamente atos de mercancia, mas faziam-no em nome e interesse de outrem que era, na realidade, o sujeito comerciante. Ao sujeito que exercia o comércio por meio de pessoa interposta deu-se o nome do *comerciante oculto*¹.

O problema narrado não era fenômeno raro, muito pelo contrário, estava na ordem do dia e muitos foram os casos levados à decisão da jurisdição mercantil medieva. Na Idade Média e nos séculos que a seguiram até a democratização da vida social, o comércio era considerado incompatível com a nobreza e o sacerdócio, o que levava fidalgos e clérigos a valerem-se de *testas-de-ferro* que apareciam ostensivamente como mercadores. Ao decidirem os casos destes mercadores ocultos, os tribunais corporativos sindicavam minudentemente as circunstâncias fáticas de cada caso e, comprovada a interposição, concluíam por impor ao verdadeiro mercador (oculto) todas as sanções do *jus mercatorium*, inclusive a sujeição deste à falência².

Atualmente, os motivos que levam alguém a valer-se de pessoa ou estrutura interposta não são, por óbvio, os mesmos do período medieval. Desaparecida a incompatibilidade moral e social relativa à empresa e ao comércio, surgiram outras razões, como proteger o patrimônio com relação ao risco empresarial – como salienta Bruno Salama, vivemos o fim da responsabilidade limitada³ -, e fraudar eventual norma que vede o exercício da empresa ou a participação societária.

Estrella, ao analisar a questão, é taxativo:

Claro está que, numa hipótese destas, terá havido prévio acordo entre os dois participantes, que tanto poderá configurar uma relação societária, quanto uma simples manobra, concertada em fraude à lei ou em detrimento de terceiros⁴.

¹ ESTRELLA, Hernani. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1973, p. 142.

² *Idem*, p. 142-143.

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O fim da responsabilidade limitada no Brasil – história, direito e economia. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴ ESTRELLA, *Op. Cit*, 1973, p. 143.

Questão relevante nesses casos, especialmente no que diz respeito à sujeição à falência, é saber qual dos sujeitos será considerado o comerciante: o *testa-de-ferro*, o oculto, ou ambos. A doutrina é quase uníssona no sentido de reconhecer aquele que está ocultamente a auferir proveitos e vantagens como o verdadeiro comerciante⁵. O exercício do comércio “não é questão de rotulagem, senão de assunção de obrigações. Pouco importa que a pessoa apareça ou não nesse exercício, se ele se faz a seu proveito, como autor (embora oculto) das operações em que se desenvolve”⁶.

A mudança dos tempos não eliminou o apelo ao exercício da empresa por meio de “laranjas”, mas alterou os motivos que levaram os empresários e as sociedades a valerem-se do expediente. A necessidade de esconder-se não resta mais sobre questões morais – o empreendedorismo e o status de empresário hoje inclusive possuem certo charme -, mas, principalmente, na necessidade de proteção do patrimônio daqueles que de alguma forma se relacionam com o empresário ou com a sociedade no exercício da empresa.

Pode-se dizer que os nobres e os sacerdotes de outrora são hoje os credores e investidores de negócios de alto risco. Os financiadores de empreendimento arriscados ou próximos à situação de insolvência, visando à proteção do seu crédito, valem-se de mecanismos contratuais que lhes outorgam tantos e mais direitos (de gerência e patrimoniais) que os próprios sócios das sociedades possuem, o que leva à compreensão, em muitas das vezes, de que estes contratos de empréstimo eram, na realidade, contratos de sociedade.

Por sua vez, investidores de negócios de alto risco, cientes do regime que o ordenamento jurídico brasileiro a eles outorga na eventual condição de sócios das sociedades⁷, evitam adquirir mediata e diretamente participação societária na sociedade investida, e empregam modelos contratuais que indiretamente lhes conferem a mesma posição que teriam caso fossem detentores de quotas ou ações da sociedade investida.

Fábio Konder Comparato, sob a ótica da situação do financiador da sociedade, define o *sócio oculto* como o credor de um comerciante, que pode ser tanto pessoa física quanto uma sociedade, que passa a dominar a empresa ou para tentar cobrar de modo

⁵ ESTRELLA, Hernani. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, p. 143.

⁶ *Idem*, p. 143-144.

⁷ Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, ao tratar do uso imoderado da desconsideração da personalidade jurídica pela jurisprudência brasileira, constata que é tempo de *reconsideração da personalidade jurídica*. “Nesta mesma linha de argumentação, o abuso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica desestimula a atividade empresarial, causando insegurança aos agente econômicos e eventualmente os afastando da opção pelo exercício daquela, com prejuízo para a economia comum um todo”. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de Direito Comercial 2*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105).

mais efetivo e rápido o seu crédito ou para apurar um lucro adicional ao estipulado pagamento do crédito⁸.

A figura do sócio oculto, no direito brasileiro, é a de alguém que exerce, sem contrato ou vínculo social oficialmente reconhecido, uma autêntica atividade empresarial, em colaboração com um comerciante ostensivo, pessoa física ou jurídica. Tal colaboração empresarial, em se tratando, sobretudo, de um credor do comerciante ostensivo, costuma, frequentemente, transformar-se em autêntica dominação, ou controle externo⁹.

Calixto Salomão Filho, em nota de texto aposta na obra de Comparato, ressalva que não é possível caracterizar a figura do *sócio oculto* simplesmente pela detenção do poder de controle, mas é necessário, no mínimo, a ela aliar a percepção de dividendos. Na sociedade moderna, a condição de sócio não decorre apenas do poder de influir na gestão, de forma que é preciso que o agente tenha auferido proveitos na forma de lucros para caracterizar a sua condição de sócio e, portanto, a sociedade de fato. “A mera gestão, como controlador externo, pode equipará-lo, para fins de responsabilidade ao administrador, mas não ao sócio (oculto)”¹⁰.

Rachel Sztajn posiciona-se no mesmo sentido, ressaltando que o problema das *sociedades ocultas* ou de *sócios ocultos* de sociedades existentes “exige a comprovação de que se está diante de uma sociedade, porque, se for outro o instituto, a solução para a questão que se apresente quanto à responsabilidade de partes há de ser diversa”. A sociedade oculta, para a professora paulista, seria aquela contratada pelos sócios maliciosamente para obterem a limitação da responsabilidade que não conseguiram através de tipo legal que constituíssem¹¹.

Erasmus Valladão pontua que a *sociedade oculta* configura-se normalmente por meio de uma sociedade existente que tem um ou mais *sócios ocultos*, que na maioria das vezes são credores sociais que passam a ditar os destinos da empresa, formando

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 81.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*, p. 425.

¹¹ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 156.

com ela, assim, uma *sociedade em comum*¹². O sócio oculto não passa a fazer parte da sociedade já constituída, mas cria uma nova sociedade (oculta) com ela¹³.

Apesar de a doutrina comercialista ter construídos as primeiras e principais hastes para a compreensão da sociedade oculta, ainda não temos notícia de produção específica sobre o assunto. Erasmo Valladão, em sua tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi quem com mais precisão tratou do tema, ao considerar, de forma acertada, a sociedade oculta como espécie de sociedade em comum. Contudo, o enfoque da obra do autor é a sociedade em comum, de modo que a sociedade oculta não recebeu atenção individualizada, mas apenas considerações dentro do estudo amplo da tese¹⁴.

Este é o esforço do presente trabalho: dedicar à *sociedade oculta* o olhar de lupa que essa, ao que parece, ainda não recebeu.

No capítulo inicial, estudaremos o instituto sob a ótica do contrato de sociedade. Pressuposto primeiro para a compreensão da sociedade oculta é que, em que pese as suas especificidades, trata-se sociedade, e forma-se através da celebração de contrato societário. Por mais óbvio que possa parecer a constatação, ela é chave para o trabalho e justifica o capítulo inicial em toda a sua extensão: *quando não houver sociedade, sociedade oculta não haverá*. Portanto, examinaremos os elementos de existência, validade e eficácia do contrato de sociedade – sempre que possível, com o enfoque na sociedade em comum, pois é onde ela se encaixa -, sem os quais não há de se falar em sociedade oculta.

No segundo capítulo do trabalho, passaremos a analisar o negócio jurídico celebrado que dá causa à formação da sociedade oculta. As partes, no esforço de esconderem a relação societária existente, valem-se ostensivamente de negócios jurídicos que camuflam a existência da sociedade, e é justamente daí que deriva a característica da ocultação. Logo, examinaremos o *negócio jurídico indireto* e o *negócio simulado*, buscando a compreensão de quando e como a existência da sociedade é deflagrada a partir de negócio jurídico aparentemente diverso. Por fim, analisaremos a

¹² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 123.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 426. Neste sentido, também, Erasmo Valladão: “Nessa hipótese, a sociedade em comum se dará entre *aquela* e estes (e não entre os *sócios daquela e estes*).” O autor ressalta que sociedade existente com a qual se forma a sociedade em comum poderá ser inclusive uma sociedade anônima. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 123 e Nota de Rodapé 48).

¹⁴ FRANÇA, *Op. Cit.*, 2013.

prova da existência da sociedade oculta, tanto nas relações internas, como nas relações externas.

1. O CONTRATO DE SOCIEDADE

Os elementos formadores do contrato de sociedade dividem-se entre os elementos comuns a todos os contratos e os elementos específicos do tipo contratual. Dentre os *elementos comuns* podemos apontar a pluralidade de partes, os pressupostos do contrato – a capacidade das partes, a idoneidade do objeto, e a legitimação para sua realização – e os requisitos do contrato - o consentimento, a forma, o objeto e a causa¹⁵.

Com relação aos *elementos específicos* do contrato de sociedade, o Código Civil aponta a contribuição dos sócios para a formação do capital social, a participação dos sócios nos resultados e o exercício de atividade econômica¹⁶. A doutrina predominante e a jurisprudência elencam também a *affectio societatis* como elemento essencial específico do contrato de sociedade. Tanto os elementos comuns quanto a análise própria dos elementos específicos são indispensáveis para que se faça a distinção entre uma relação jurídica contratual-societária e uma relação jurídica que se perfaz através de outro tipo de contrato.

Não existindo em determinada relação jurídica os elementos formadores da sociedade, contrato societário não haverá. Neste caso, a estrutura obrigacional poder ser caracterizada em outro tipo contratual, semelhante ao contrato de sociedade, mas que deste difere em alguns de seus elementos. Podemos apontar aí o contrato de mútuo¹⁷, o contrato de comissão¹⁸, e a associação¹⁹. Ainda, quando forem identificados os elementos que configuram uma relação de emprego – pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação hierárquica e não sujeição aos riscos da atividade – haverá um contrato de natureza laboral, e não um contrato de sociedade²⁰.

A análise inicial a ser feita para que possamos dissecar a *sociedade oculta* é o exame dos elementos nucleares do contrato de sociedade. Quando se interpreta um contrato pretendendo desnaturar o regime jurídico eleito pelos contratantes para aplicar

¹⁵ Ao longo deste capítulo, analisaremos quais destes elementos são condições de *existência, validade e eficácia* do negócio jurídico formador da sociedade.

¹⁶ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

¹⁷ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

¹⁸ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

¹⁹ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

²⁰ TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia Privada no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 35-37.

à relação contratada as regras *perversas* de uma sociedade despersonalizada, deve-se estar atento a todos os elementos do contrato de sociedade. Possui razão o réu que contestar uma *ação declaratória da existência de sociedade* ao alegar que não há sociedade pois ausente um – e basta apenas um - de seus elementos formadores.

Portanto, faremos neste capítulo a análise dos *elementos comuns* dos contratos aplicados às sociedades, sempre com a lembrança de que aplicaremos estes à sociedade oculta, e os elementos específicos do contrato de sociedade, também neste caso sabendo que as sociedades analisadas são as sociedades despersonalizadas e, mais precisamente, a sociedade oculta.

1.1. A REUNIÃO DE PESSOAS

O verbete *sociedade*, em todas as definições trazidas pelos dicionários de língua portuguesa, está associado à união de pessoas²¹. Ainda que se fale em sociedade unipessoal, a própria noção da sociedade como fato pressupõe a reunião de um grupo de indivíduos.

O estudo das origens das sociedades revela que, já em épocas primeiras, existiram vínculos indicativos da união de indivíduos, objetivamente à realização, em conjunto, de um fim comum²². A sociedade como fato, a bem de se dizer, coincide com a vida humana em sociedade.

A sociedade de fato precedeu, na macro-história do direito, o contrato convencional de sociedade. Não pediu – para nascer e implantar-se, permissão a nenhum Estado nem a nenhum legislador. Não nasceu com o propósito de sanar a nulidade do contrato convencional. A sociedade de fato, como cada relação fática (como a posse, como o consórcio de irmãos, como o poder familiar) existia quando o homem

²¹ Sociedade. [Do lat. *societate*]. S. f. 1. Agrupamento de seres que vivem em estado gregário: sociedade humana; sociedade de abelhas. 2. Conjunto de pessoas que vivem em certa faixa de tempo e espaço, seguindo normas comuns, e que são unidas pelo sentimento de consciência do grupo; corpo social: a sociedade medieval, a sociedade moderna. 3. Grupo de indivíduos que vivem por vontade própria sob normas comuns; comunidade: sociedade cristã; sociedade de hippies. 4. Meio humano em que o indivíduo se encontra integrado: A sociedade constitui-se de classes de diferentes níveis. 5. Relação entre pessoas; vida em grupo; participação, convivência, comunicação: O homem precisa da sociedade dos seus semelhantes. 6. Reunião de indivíduos que mantêm relações sociais mundanas. (...) (FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1602).

²² ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1973, p. 271.

não escrevia, e existia quando o homem não concluía contratos, e existia quando o homem não falava²³.

Há uma impossibilidade lógico-jurídica de conceber-se a criação de uma sociedade com menos de duas pessoas. Neste próprio capítulo, estamos analisando os elementos comuns aos contratos aplicados ao contrato de sociedade; portanto, a premissa da qual partimos é que a sociedade é tipo contratual. Sendo contrato, ilógico seria considerar a sociedade como instituto que permite a singularidade: o contrato de uma parte apenas, contrato não é. A exigência da pluralidade contratual é de evidência intuitiva, já que repugnaria ao bom senso imaginar sociedade de um só²⁴.

Como *contrato plurilateral*, é, antes de mais nada, um contrato com a participação de várias pessoas, mas, como se disse, a *pluriparticipação de contraentes é apenas tendencial e normal*. Não é forçoso que haja sempre mais de duas pessoas no *contrato de sociedade*. Forçoso é que, como em qualquer contrato, haja pelo menos duas pessoas (*ex duobus vel pluribus lateribus*)²⁵.

Em que pese o reconhecimento do direito societário brasileiro à subsidiária integral²⁶ e à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada²⁷⁻²⁸, estes institutos são irrelevantes para o estudo da sociedade oculta. Sendo a sociedade oculta a denominação

²³ SACCO, Rodolfo. *Sulla Società di Fatto*. Rivista di Diritto Civile, 1. Padova: CEDAM, gen/feb-1995, p. 60, *apud* FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

²⁴ ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1973, p. 277.

²⁵ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 173.

²⁶ BRASIL. Lei 6.404, 1976. Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

²⁷ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

²⁸ Quanto à EIRELI, não há clareza se o instituto é de fato uma sociedade unipessoal ou uma nova figura introduzida ao nosso ordenamento. Vale destacar as palavras de Paulo Cezar Aragão e Gisela Sampaio da Cruz: “Eis a origem da nossa EIRELI: formada a partir da regulamentação sucinta de uma sociedade unipessoal, mas com a aspiração de assumir a natureza jurídica de uma nova pessoa jurídica, o que demandaria um arcabouço teórico bem mais complexo. Desde que esta lei entrou em vigor, a natureza jurídica de EIRELI é questão que não sai da ordem do dia, até porque não desponta diretamente do texto legal. Ao contrário: além do nome atécnico – *empresa* individual de responsabilidade ilimitada -, que induz o intérprete ao erro, o legislador valeu-se de várias expressões típicas de sociedade. De lá para cá, embora poucos estudiosos tenham se manifestado formalmente a respeito, basicamente duas correntes se desenvolveram, caminhando em sentidos opostos”. (ARAGÃO, Paulo Cezar; CRUZ, Gisela Sampaio da. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: o ‘Moderno Prometheus’ do Direito Societário In: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais*. Coord. JUNIOR, Pedro Anan; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. São Paulo: MP Editora, 2012, p. 226.

que se dá à relação societária que reveste-se externamente, por exemplo, de relação credor-devedor, não cabe ir além no estudo da pluralidade de partes para a sociedade, pois este elemento é anterior no exame que ora se faz.

1.1.1. Possibilidade de Pessoa Jurídica figurar como Sócia

Tendo em vista a submissão da sociedade oculta ao regime jurídico da sociedade em comum, cabe saber se a pluralidade de partes pode ser satisfeita com a presença de pessoas jurídicas como sócias contratantes. A nosso ver, em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando analisou a questão sob a vigência do Código Comercial de 1850, não há dúvidas que a resposta é positiva.

No julgamento do Recurso Extraordinário 102.976-RJ, sob relatoria do Ministro Sydney Sanches²⁹, o STF decidiu pela impossibilidade jurídica de existência de sociedade de fato integrada por duas sociedades anônimas. O Tribunal acatou o entendimento proposto pelo Procurador de Justiça Dr. Roberto Bernardes Barroso, segundo o qual “duas sociedades comerciais não podem manter, entre si, um tipo de relação jurídica que gere uma sociedade de fato”, tendo em vista que, se tal ocorresse, “desapareceria a figura da personalidade jurídica distinta de cada qual, para reconhecer-se existente um terceiro ente jurídico.” Segundo o Procurador, “as sociedades comerciais podem ter diversos tipos de associação, relação de dependência por controle acionário, submissão a uma *holding*, etc”, mas seria uma abstração divorciada das regras do direito comercial reconhecer “sociedade de fato, entre sociedades que existem de *direito*”.

No caso julgado pelo STF, um dos fundamentos para a determinação da impossibilidade foi que, os administradores, ao conduzirem os negócios da sociedade anônima para a formação de uma sociedade de fato, precisariam da chancela dos sócios desta sociedade anônima, sob pena de violação das regras deliberatórias das sociedades por ações. Não nos parece que a interpretação dos dispositivos da Lei das SA foi conduzida corretamente.

²⁹ STF, RE 102.76-RJ, 1ª Turma, Relator: Sydney Sanches, 18/04/1986.

De início, há de se destacar que a Lei das SA permite a participação da companhia em outras sociedades como meio de realizar o seu objeto social³⁰. No que concerne aos poderes dos administradores, a decisão de formar uma sociedade em comum entre duas companhias, na medida em que contribua para a consecução do objeto social, não implica em excesso de poderes.

O que a lei acionária proíbe, por sua vez, é a prática de liberalidade à custa da companhia³¹. Este entendimento aplica-se tanto à formação de sociedade em comum quanto a qualquer outro contrato celebrado pelas partes que decorram de desvio de conduta pelo administrador, não podendo concluir-se, a partir daí, pela impossibilidade jurídica da existência de sociedade em comum entre duas sociedades anônimas. O mesmo entendimento aplica-se à possibilidade de sociedade limitada, ou qualquer outro tipo societário ou associativo, figurar como sócia de sociedade em comum.

O segundo fundamento balizador da decisão restou sobre a incompatibilidade entre o regime de responsabilidade limitada da sociedade anônima e o de ilimitação de responsabilidade da sociedade de fato. Esta objeção procede, ao que parece, de uma confusão entre responsabilidade da sociedade e responsabilidade do sócio. A alegada limitação é sempre deste, não daquela³².

Caracterizada a existência de sociedade despersonificada entre duas sociedades personificadas, o patrimônio que responde ilimitadamente pelas dívidas sociais decorrentes da atividade da sociedade em comum é o patrimônio das sociedades personificadas, e não de seus sócios. O patrimônio dos sócios de sociedade personificada não será afetado salvo se presente hipótese que permita a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. A existência de sociedade em comum ou de sociedade oculta não é, por si só, uma destas hipóteses.

Portanto, diante destas conclusões, o exame da sociedade oculta (sob a ótica da sociedade em comum) não está limitado ao exame das relações jurídicas em que contratam apenas pessoas físicas. É possível que uma sociedade personificada (limitada ou anônima) preencha o requisito de pluralidade de partes e figure como sócia oculta.

³⁰ BRASIL. Lei 6.404, 1976. Art. 2º, § 3º. 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.

³¹ LATORRACA, Sérgio Murilo Zalona. *Comentário ao RE 102.967 – RJ – 1ª T. – j. 18.4.86 – rel. Min. Sydney Sanches*. Revista de Direito Mercantil n. 68. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 76.

³² *Ibidem*.

1.2. A CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO

Como exposto anteriormente, a premissa de que partimos para a análise da sociedade oculta é que a sociedade é um contrato. O termo *sociedade* é usualmente utilizado por juristas não apenas (i) para indicar o contrato propriamente dito, mas também (ii) para designar as relações entre sócios que nascem com o contrato, e (iii) para se referir à pessoa jurídica que resulta do contrato ou a estrutura que a atividade pode assumir³³.

Os estudiosos do direito contratual encontravam dificuldades em aplicar ao contrato de sociedade as regras gerais do direito contratual. Por esta razão, discutiu-se se a sociedade - como estrutura que a atividade econômica assume - seria resultante de uma formação contratual ou se deveria ser caracterizada de outra forma, pré-existente ou a ser teorizada. Parte da doutrina deixou de ver na sociedade um contrato, e passou a tratar a sua constituição como *ato complexo*; a doutrina tradicional, por sua vez, permaneceu compreendendo a constituição da sociedade como uma relação contratual³⁴.

Tulio Ascarelli sustenta convincentemente tratar-se a sociedade de contrato, mas na modalidade *plurilateral*. A categoria plurilateral distingue-se dos contratos clássicos, principalmente, pela possibilidade de participação de mais de duas partes, e por dela decorrem obrigações e direitos a cada um das partes para com todas as outras, e não apenas de uma para com a outra³⁵. Ademais, classificou o contrato plurilateral de sociedade como *contrato de organização*³⁶: com a entrada em funcionamento da organização, a força vinculativa do contrato transporta-se para o âmbito desta, não ocorrendo vínculos contratuais diretos de contratante a contratante, mas uma relação orgânica entre cada um dos sócios e a sociedade³⁷.

Nos contratos bilaterais, ainda que haja uma pluralidade de pessoas em um mesmo polo – vendedores, locadores, compradores, mutuantes – há sempre duas e somente duas partes. Da natureza sinalagmática e relativa desses contratos, extrai-se que as obrigações e direitos de uma parte tem como causa e são relativa aos direitos e

³³ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 33-34.

³⁴ ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 274-275.

³⁵ *Idem*, p. 374; 387-389.

³⁶ *Idem*, p. 424

³⁷ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 174.

obrigações da outra parte³⁸. Os efeitos das obrigações assumidas irradiam e refletem diretamente nas obrigações da outra parte, ao passo que no contrato plurilateral estas obrigações são direcionada a tantas as partes quantas formem o contrato.

Desta forma, compreendida a sociedade como contrato, na modalidade plurilateral, subordina-se a formação societária aos *pressupostos* (elementos extrínsecos) e *requisitos* (elementos intrínsecos) do contrato. A qualidade de contrato plurilateral sujeitará o contrato de sociedade a certas particularidades de regime, próprias dessa espécie de contratos, que a seu tempo referiremos, mas não a subtrai ao regime geral dos contratos³⁹.

Pressupostos são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato, e devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza ou alcança vigor; embora *extrínsecos*, posteriormente se integram na relação contratual. *Requisitos*, em sentido amplo, são todas as causas do efeito jurídico; tecnicamente, elementos *intrínsecos* do ato indispensáveis à *validade* de qualquer contrato⁴⁰.

1.2.1. Pressupostos do contrato de sociedade

Todo contrato *pressupõe* (i) capacidade das partes; (ii) idoneidade do objeto; e (iii) legitimação para realizá-lo⁴¹. Portanto, para que haja um negócio jurídico válido formador da sociedade oculta, as partes contratantes devem ser capazes, o objeto deve ser idôneo e as partes devem ter legitimação negocial para a realização do contrato celebrado.

Capacidade das Partes. O Código Civil de 2002, em seu art. 104, I, determinou que a validade de todo negócio jurídico requer agente capaz. Como regra geral, a aquisição de participação societária, tanto formativa quanto superveniente, é um negócio jurídico eventual, que pode ser praticado pelo incapaz devidamente assistido. Contudo, exceção a essa regra é a condição de sócio de sociedade despersonalizada, tal como o sócio oculto.

³⁸ Trataremos da *causa* nos contratos bilaterais em comparação à *causa* nos contratos plurilaterais societários no item 1.2.2.

³⁹ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 173.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 52.

⁴¹ *Ibidem*.

O entendimento predominante anteriormente à entrada em vigência do Código Civil de 2002, e que permanece aplicável no regime do direito societário atual, é que o incapaz e o relativamente capaz não podem participar de uma sociedade despersonificada, assumindo posição de sócio solidário e de responsabilidade ilimitada pelo cumprimento das obrigações assumidas pela sociedade⁴². Trata-se de regra protetiva que busca evitar que aqueles que não estão em pleno gozo da sua capacidade civil sujeitem a totalidade do seu patrimônio aos riscos naturais da atividade da empresa⁴³.

Portanto, caso o contrato que dê causa à formação da sociedade oculta seja celebrado por pessoa incapaz ou relativamente capaz, este estaria eivado pela nulidade.

Idoneidade do Objeto. Todo contrato deve ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável⁴⁴.

Orlando Gomes ensina que a *idoneidade do objeto* pode ser excluída por motivos técnicos ou razões de política legislativa. A inidoneidade por motivos técnicos ocorre quando as partes valem-se de contrato que é incompatível com seu objeto típico⁴⁵⁻⁴⁶. Outras vezes, a inidoneidade decorre de opção política legislativa, que proíbe que certos interesses sejam objeto de relação contratual⁴⁷. A título de exemplo, há impossibilidade jurídica por inidoneidade do objeto quando determinada sociedade é constituída por irmãos para a gestão e a exploração econômica da herança de seus pais vivos, pois nem a sociedade nem seus sócios teriam o poder de dispor destes bens⁴⁸.

A Legitimação Negocial. Por fim, o pressuposto da legitimação para a realização do objeto trata da impossibilidade *circunstancial* de agir. Emilio Betti diferenciou com clareza a capacidade da possibilidade circunstancial de agir:

Nesta orientação, a distinção entre capacidade e legitimidade manifesta-se com toda a evidência: a capacidade é a aptidão intrínseca da parte para dar vida aos atos jurídicos; a legitimidade é uma posição

⁴² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 94.

⁴³ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

⁴⁴ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 104, II. A validade do negócio jurídico requer: objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos. 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 54.

⁴⁶ Esta hipótese será analisada em mais detalhes no Capítulo 2.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um dado objeto, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação, em que a parte está, ou se coloca, com o objeto do ato⁴⁹.

No âmbito societário, a mesma norma que trata da capacidade dispõe que a pessoa que vai dedicar-se à atividade empresária, ainda que seja plenamente capaz, não pode estar impedida. Como os impedidos podem responder pelas dívidas contraídas pela sociedade quando dela participam na condição de sócios de responsabilidade ilimitada, tendo, portanto, interesse direto e pessoal na preservação de seus patrimônios individuais, a doutrina uniformizou-se sustentando que, nessas hipóteses, aplicar-se-á a mesma regra destinada aos incapazes: a proibição de participação em sociedade de responsabilidade ilimitada⁵⁰.

Não são raros os casos em que os legalmente impedidos valem-se de *testas-de-ferro* para o exercício da atividade empresária ou para figurarem como sócios de sociedade, como já havia apontado Hernani Estrella. Como exemplo de *sócios ocultos* que pretendem driblar as regras de impedimento, há as hipóteses dos funcionários públicos legalmente impedido de participar de sociedade que tem como objeto social participar de licitações perante a entidade na qual está lotado⁵¹.

Este funcionário público, ciente dos impedimentos legais, pode valer-se de um “laranja” para figurar como sócio no contrato social. Outra manobra da qual poderia valer-se o servidor malicioso seria a celebração de determinado contrato de empréstimo ou garantia para com a sociedade, e através deste contrato auferir os mesmos direitos que teria caso fosse sócio. Aqui, temos uma *sociedade oculta*. Destes dois exemplos trataremos em mais detalhes no Capítulo 2.

⁴⁹ BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 04.

⁵⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 97.

⁵¹ BRASIL. Lei 8.666, 1993. Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado.

1.2.2. Requisitos do Contrato de Sociedade

Por sua vez, os *requisitos* complementares indispensáveis à validade⁵² de qualquer contrato são (i) o consentimento, (ii) a forma (iii) o objeto e (iv) a causa⁵³.

Consentimento. O termo “consentimento” é comumente empregado na doutrina tanto para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico (o acordo de vontades), quanto como sinônimo da declaração de vontade de cada parte do contrato (o mútuo consentimento)⁵⁴.

No contrato plurilateral de sociedade, as várias partes, assim como nos contratos bilaterais sinalagmáticos, têm interesses antagônicos a serem harmonizados. A título de exemplo, destacamos o interesse de cada uma das partes contratante na avaliação das respectivas contribuições, na determinação da respectiva ingerência na administração, e na distribuição dos lucros e das perdas. Ao mesmo tempo, os sócios, ao constituírem a sociedade, e uma vez esta constituída, visam uma finalidade comum⁵⁵: todos os contratantes estão interessados na melhor realização da sociedade; o sucesso da sociedade favorece a todos os sócios, ao passo que a derrocada da sociedade prejudica a todos⁵⁶.

Esta oposição de interesses na constituição da sociedade concomitante com a coincidência no que tange à realização do fim comum foi o que fez a doutrina rejeitar a teoria do contratualismo clássico para descrever a natureza do contrato de sociedade e passasse a conceber diversas teses para justificar o ato (teoria do *acordo coletivo*, teoria do *ato complexo*, teoria do *ato corporativo*, teoria *institucionalista*), chegando ao contrato plurilateral, a qual nos parece a mais apropriada⁵⁷.

O aspecto de que se depreende, com maior nitidez, a peculiaridade dos contratos plurilaterais relativamente ao consentimento é o que diz respeito aos *vícios de*

⁵² Ao longo deste capítulo, analisaremos se os requisitos elencados tratam de condições para a *validade* ou para a *eficácia* dos contratos, e, especificamente, do contrato de sociedade.

⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 53

⁵⁴ *Idem*, p. 56.

⁵⁵ Como veremos, o fim comum social, razão pela qual os sócios contratam, é a causa nos contratos de sociedade.

⁵⁶ ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 377.

⁵⁷ Crítica-se a teoria do contrato plurilateral, pois esta não explicaria a sociedade em sua projeção dinâmica, nem a constituição da sociedade unipessoal. Ainda, destaca-se que o contrato em si não tem o condão de permitir a visualização de um sujeito de direito distinto dos que figuram na relação contratual que é geratriz dessa pessoa (da sociedade). (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3^a ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 124)

constituição. Na teoria geral dos contratos, o vício de uma das manifestações de vontade que concorrem para a formação do contrato se traduz necessariamente no vício de todo o contrato. Não é possível a manutenção do contrato quando a manifestação de uma das partes é nula ou anulada⁵⁸. O vício no consentimento recebe tratamento diverso no contrato social:

O vício de uma das manifestações que concorreram para a formação do contrato importa na nulidade ou anulabilidade dessa manifestação; não importa, porém, na nulidade ou anulabilidade do contrato. De acordo com uma primeira corrente doutrinária, o contrato, nessa hipótese, simplesmente se dissolve *ex nunc*; de acordo com uma segunda, permanece, não obstante a nulidade ou anulação de uma das manifestações de vontade sobre as quais se funda, em quanto continue ser possível a consecução do seu objetivo⁵⁹.

Essa regra consubstancia o que a doutrina convencionou chamar de *princípio de conservação dos contratos* e a oportunidade de não estender, além do necessário, as consequências da nulidade ou da anulação de uma das manifestações de vontade, visando uma maior tutela dos interesses dos credores⁶⁰.

Ainda no que diz respeito ao consentimento, parte significativa da doutrina entende que a constituição de uma sociedade deve estar expressa pela efetiva e específica vontade de formá-la⁶¹, ao que deu-se, também, o nome de *affectio societatis*. Sobre a *affectio societatis* como elemento constitutivo do contrato de sociedade trataremos mais adiante.

Forma. A forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade. Não há negócio sem forma, podendo esta ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade⁶².

⁵⁸ ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 413.

⁵⁹ *Idem*, p. 414.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de Direito Comercial 2*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

Quanto à forma do contrato de sociedade para a sua validade, em que pese parte dos estudiosos de direito comercial sustente que este seria *contrato solene* (com forma prescrita em lei), devendo ser feito mediante instrumento público ou particular escrito⁶³, o contrato de sociedade trata-se de contrato não solene (forma livre)⁶⁴.

Porque prevalece no Direito moderno o princípio da liberdade de forma, os contratos se concluem, via de regra, pelo simples consentimento das partes, seja qual for o modo de expressão da vontade. Em atenção, porém à conveniência de dar segurança ao comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedeçam a determinada forma, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato⁶⁵.

Nota-se que há na doutrina comercialista certa confusão entre os requisitos de *validade* do contrato de sociedade e da *eficácia* da aquisição da personalidade jurídica. Para a *validade* do contrato social, não há exigência de forma especial, mas apenas para a sua *eficácia*. É necessária a celebração de um instrumento escrito e a subsequente inscrição no registro peculiar para que a sociedade adquiria personalidade jurídica, mas não para a sua validade⁶⁶.

⁶³ José Edwaldo Tavares Borba sustenta ser o contrato de sociedade contrato formal: “A forma é a do instrumento público ou particular para as sociedades em geral e, para as sociedades anônimas, a da ata de assembleia-geral ou a do instrumento público”. (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 3ª ed., rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 29).

⁶⁴ Caio Mário da Silva Pereira denomina os contratos com forma livre como contratos *consensuais*. “Diz-se, repetimos, consensual o contrato para cuja celebração a lei não exige senão o acordo das partes. Com isto frisamos que não deixa de sê-lo em razão de haverem as partes voluntariamente adotado forma escrita, ou instrumento público, para a sua realização, por uma razão de sua particular conveniência. Somente quando a lei impõe, na sua formação, algo externo e material, além da necessária declaração de vontade, é que tal ocorre”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 41-42.). Não nos parece que a distinção seja precisa. O *contrato consensual*, como ensina Orlando Gomes, contrapõe-se ao *contrato real*. “A classificação dos contratos em consensuais e reais não anula o princípio do *consensualismo*. Em princípio, o consentimento é bastante para formar o contrato, mas alguns tipos contratuais exigem que se complete com a entrega da coisa que será objeto da restituição. Esses contratos são chamados reais, em contraposição aos que se formam *solo consensu*, ou *simplesmente consensuais*, que se tornam perfeitos e acabados por efeito exclusivo da integração das duas declarações de vontade, como a compra e venda, a locação e o mandato.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 90).

⁶⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 92.

⁶⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de Direito Comercial 2*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 106

Ainda, à falta de prova por escrito, há *ineficácia relativa* do contrato: os sócios ficam privados de provar a existência da sociedade, mas os terceiros poderão prová-la de qualquer modo⁶⁷⁻⁶⁸. A forma do contrato permanece sendo livre, em que pese os sócio só possam prova-la por escrito: o contrato é válido entre as partes, mas não é oponível a terceiros. Trata-se de inoponibilidade, ou ineficácia relativa⁶⁹.

Nos contratos não-solenes, a manifestação de vontade sob o ângulo do negócio jurídico em si pode ser feita de forma *expressa* ou *tácita*. Diz-se manifestação *expressa* de vontade a que se faz oralmente, ou por meio de sinais inteligíveis, dos quais os da escrita são os mais comuns⁷⁰. Negócios com forma *tácita*, por sua vez, são aqueles que a manifestação se deduz dos fatos e dos atos que a revelam⁷¹. O Código Civil de 1916 previa que a manifestação de vontade poderia ser tácita, quando a lei não exigisse que essa fosse expressa⁷². Não existe previsão correspondente no Código Civil de 2002, contudo, a mesma regra permanece plenamente aplicável.

É de suma importância para o presente estudo a compreensão se a manifestação de vontade formativa da sociedade despersonalizada pode ser tácita. Se a manifestação de vontade dos contratantes da sociedade puder ser inferida a partir dos atos praticados pelos sócios e dos direitos a estes atribuídos quando da celebração de contratos outros, poderá haver sociedade ainda quando a manifestação expressa dos contratantes tenha sido direcionada a tipo contratual distinto (*i.e.*, mútuo), mas que tacitamente tenha sido direcionada à formação da sociedade.

Entendemos ser possível. Primeiramente, o art. 981 do Código Civil não impõe que a manifestação das pessoas que formam a sociedade seja expressa. Não havendo requerimento legal impositivo quanto à forma da manifestação da vontade, esta pode ser tanto expressa quanto tácita. Em segundo lugar, o Código Civil, ao tratar da sociedade em nome coletivo, reconhece a possibilidade de o prazo da sociedade ser prorrogado

⁶⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106.

⁶⁸ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

⁶⁹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p.1. *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII, 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 22.

⁷¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

⁷² BRASIL. Código Civil, 1919. Art. 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.

tacitamente pelos sócios⁷³. Ora, reconhecida a possibilidade de uma sociedade que seria dissolvida continuar a existir a partir da manifestação tácita da vontade dos sócios no sentido de continuidade, possível também deve ser que uma sociedade passe a existir a partir desta forma de manifestação.

Objeto. Na fixação do *objeto* do contrato de sociedade, é comum confundi-lo com a *causa*, talvez por ser dos contratos em que é mais difícil fazer a distinção. Costuma-se dizer que o objeto da sociedade é o gênero de operações para cuja realização se constitui a sociedade. Nessa definição, leva-se em conta o objeto social, quando, a rigor, se deve ter em vista a relação obrigacional estabelecida entre os sócios⁷⁴.

O objeto do contrato é o complexo dos seus efeitos jurídicos, o “conteúdo” do contrato: a regulamentação de interesses que se lhes associa e forma. Orlando Gomes trata do tema de forma clara:

O *objeto do contrato* não é a *prestação* nem o objeto desta. A *prestação* é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. *Objeto* do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as *prestações* das partes, não o *intercâmbio* entre elas, pois esta é a *causa*⁷⁵.

Assim sendo, o estudo do objeto do contrato de sociedade conduz à determinação do complexo de estipulação ou cláusulas que o compõem, fixando o seu alcance jurídico⁷⁶.

A lei prescreve (Código Civil, Art. 997), para orientar os contratantes e prevenir omissões inconvenientes⁷⁷, as categorias de cláusulas que devem constar do contrato

⁷³ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.043. O credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor. Parágrafo único. Poderá fazê-lo quando: I - a sociedade houver sido prorrogada tacitamente; II - tendo ocorrido prorrogação contratual, for acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de noventa dias, contado da publicação do ato dilatatório.

⁷⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 483

⁷⁵ *Idem*, p. 65.

⁷⁶ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5^a ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 195.

social e que constituem como que as balizas definidoras do seu objeto: (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.

Por certo, estas cláusulas, que são interpretadas como o mínimo que deve constar em um contrato de sociedade, não se aplicam à sociedade em comum, haja vista que, na maioria das vezes, nem contrato escrito há. Portanto, inquestionável que, ainda que não estejam previstas em determinado contrato que será supostamente reconhecido como formador de uma sociedade oculta a totalidade das cláusulas arroladas pela lei, este não perderá, por tal ausência, o *status* de sociedade.

Causa. Em que pese o Código Civil brasileiro não tenha inserido a *causa*⁷⁸ entre os elementos necessários para a existência e para a validade dos contratos, nem por isso há de se dizer que a causa é juridicamente irrelevante⁷⁹. Assim como a vontade, que também não é elemento da existência do negócio, mas é extremamente importante para a sua validade e eficácia, a causa também não age no plano da existência, mas,

⁷⁷ Jorge Henrique Pinto Furtado trata do tema sob a ótica do Direito Português, que possui disposição legal semelhante. (PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 196).

⁷⁸ Luis Renato Ferreira da Silva detalhou a multiplicidade de sentidos que a palavra causa assume como instituto jurídico. (i) A causa motivo, que seria o impulso psicológico que leva um determinado indivíduo a contratar com outro. (ii) A causa em sentido subjetivo, o objetivo externalizado, aceito ou presumidamente conhecido pela outra parte, que passa a compor o conteúdo do negócio, tornando-se o fim comum do contrato. (iii) A causa em sentido objetivo, sendo este o fim econômico atribuído ao contrato pelo ordenamento jurídico, ou o interesse social que justificaria o negócio. (iv) A causa como origem da obrigação, adotada como sinônimo de fonte da obrigação, entre as quais insere-se o contrato. (v) A causa como razão da juridicidade de certos atos, que é o reconhecimento em certas fontes como originadoras de obrigações, ou, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, “o reconhecimento social do jurídico; o que torna jurídico o negócio jurídico”. (vi) A causa como manutenção da juridicidade de certos atos, que funciona como fator de eficácia, justificando a permanência da obrigação e o surgimento dos efeitos dela derivados. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013).

⁷⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17.

conforme se trate de *causa pressuposta* ou *causa final*⁸⁰, age, ou no plano da validade, ou no plano da eficácia. O papel da causa, em ambos os casos, será o de proteger a parte que se fiou na sua existência, passada ou futura⁸¹.

Nos contratos bilaterais, o sinalagma atua como causa final, fator de eficácia nos contratos⁸². A prestação de uma parte é causa de sua respectiva contraprestação, e vice-versa. Daí segue-se que, uma vez formado e válido o contrato bilateral, o não cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou sem causa⁸³.

O caráter sinalagmático inexistente no contrato plurilateral de sociedade. Diferentemente dos contratos bilaterais, em que a obrigação de uma das partes depende da obrigação válida da parte contrária ou enquanto a inexecução de obrigação de uma das partes autorize a não execução da obrigação da parte contrária (*exceptio non adimpleti contractus*), nos contratos plurilaterais a invalidade ou inexecução das obrigações de uma parte não exclui, por si só, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do *fim comum*⁸⁴.

Aí está o ponto essencial para a compreensão da causa no contrato de sociedade: o fim comum em sentido amplo exerce nas organizações societárias função equivalente ao sinalagma nos contratos bilaterais, possuindo eficácia constitutiva e eficácia funcional⁸⁵. Quando se refere ao fim comum em sentido amplo, está-se tratando tanto do escopo-meio (ou objeto), quanto do escopo-fim (ou objetivo). O *escopo-meio* é a atividade à qual a organização societária se dedica, servindo para distinguir as sociedades empresárias das sociedades não empresárias. O *escopo-fim*, por sua vez, é elemento que serve para distinguir as sociedades das associações em sentido estrito,

⁸⁰ Quando a hipótese for de *causa pressuposta*, a inexistência desta (nos negócios jurídicos causais), em regra, acarretará a nulidade por falta de causa. Quando a hipótese for de *causa final*, a sua ausência acarretará a ineficácia superveniente. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152).

⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152.

⁸² SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 163.

⁸³ AZEVEDO, *Op. Cit.*, 2002, p. 155.

⁸⁴ ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 420.

⁸⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. "Affectio Societatis": um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de "fim social". In: *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

pois nas sociedades a finalidade é a partilha dos resultados da atividade social entre os sócios, o que não pode ocorrer na associação⁸⁶.

Fábio Konder Comparato aponta que a distinção entre as sociedades e a comunhão deve ser pesquisada na natureza da *causa* da sociedade, enquanto elemento objetivo do negócio jurídico. Na sociedade, a comunhão de escopo entre os sócios é essencial, e os bens sociais são simples instrumentos para o exercício de uma atividade com intuito lucrativo, ao passo que na comunhão o acento tônico é posto sobre os próprios bens⁸⁷.

O fim comum social, desde a elaboração da teoria do contrato plurilateral, é o elemento de convergência entre os sócios: o motor da união entre duas pessoas, porque duas pessoas fazem melhor que uma. Pouco importa o fim que cada um persegue individualmente: isso não interfere com a finalidade comum a todos⁸⁸.

A referência ao interesse e ao fim da sociedade, em todas essas hipóteses, afigura-se importante porque evidencia, de modo incontestável, que a finalidade da empresa pode não coincidir, necessariamente, com a desejada por seu controlador.⁸⁹

Impõem-se, portanto, que se busque uma definição de *fim comum social*. Ascarelli, ao comparar as sociedades com os sindicatos e consórcios, aponta que nestas há um fim comum para a cooperação das partes e que deste fim comum as partes esperam obter vantagens. Isso não faz desses institutos uma sociedade, pois não se visa a consecução de um *lucro* a ser distribuído entre os que participam do contrato⁹⁰. Para o mestre italiano, o fim comum social seria a persecução do lucro.

Zanini, ao tratar do tema sob a ótica das sociedades anônimas, onde a discussão sobre as teorias institucionalistas e contratualistas é mais acalorada, partindo da premissa que o fim da companhia consiste em realizar um bem, conclui que esse bem pode ser entendido como correspondente ou transcendente ao interesse dos sócios,

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 133.

⁸⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “Affectio Societatis”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

⁸⁹ ZANINI, Carlos Klein. *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80.

⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 445-446.

conforme se adote cada um das teorias⁹¹. Questiona ainda sobre a possibilidade de, adotada a teoria contratualistas – a qual foi eleita pelo Código Civil, e, assim, é a que está sendo considerada no presente trabalho – os sócios afastarem contratualmente o intuito de lucro como fim comum⁹².

A discussão é rica e demandaria inúmeras páginas para receber o tratamento adequado. Não pelo amor à brevidade, mas apenas observando o escopo do presente trabalho e deste subcapítulo⁹³, adotaremos solução simplificada: o que diferencia a organização em forma de sociedade da organização em forma de associação é o desempenho de atividade econômica com o propósito de obtenção de lucro para distribuição entre os sócios. Os sócios podem adotar como fim comum social outros interesses além da persecução lucrativa; contudo, esta não pode ser afastada em sua totalidade, sob pena de se desfigurar um dos elementos essenciais ao contrato de sociedade.

Por fim, o que permite diferenciar, em cada caso, a existência de contrato de sociedade ou de outras figuras afins não é o consenso, como pretende demonstrar a doutrina que sustenta a *affectio societatis*, mas o negócio jurídico plurilateral de fim comum social ao qual se tenha dirigido o consenso. Podemos dizer que a principal análise que deve ser feita nas relações jurídicas que supostamente ensejariam a existência de sociedade oculta é a presença ou não do fim comum social como causa do acordo entre as partes.

⁹¹ ZANINI, *Op. Cit.*, 2005 p. 106.

⁹² “An approach that emphasizes the contractual nature of a corporation removes from the field of interesting questions one that has plagued many writers: what is the goal of the corporations? Is it profit, and for whom? Social welfare more broadly defined? Is there anything wrong with corporate charity? (...) If the New York Times is formed to publish a newspaper first and make a profit second, no one should be allowed to object? (ESATERBROOK, Frank H., FISCHER, Danil R. The economic structure of corporate law. Cambridge: Harvard University, 1996, p. 35 *apud* ZANINI, Carlos Klein. *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 106). Tradução livre: Extrai-se de uma abordagem que enfatiza a natureza contratual da *corporation* questionamentos interessantes que atormentaram muitos autores: qual o objetivo das *corporations*? Seria o lucro, e para quem? Bem-estar social em sentido amplo? Haveria algo errado com caridade corporativa? (...) Se o *New York Times* é formado, em primeiro lugar, para publicar um jornal e, em segundo lugar, para obter lucro, ninguém estaria autorizado a objetar?

⁹³ Trataremos sobre a partilha dos resultados como elemento do contrato de sociedade em subcapítulo posterior.

1.3. A *AFFECTIO SOCIETATIS*

A doutrina majoritária no direito comercial brasileiro⁹⁴ encontra na *affectio societatis* um dos elementos constitutivos do contrato de sociedade, distinto do consentimento exigido para os demais negócios jurídicos, e como elemento diferenciador da sociedade de outros institutos. Os nossos tribunais também têm se valido do conceito para “sem qualquer sistematicidade e carregada de um incompreensível empirismo”, “justificar soluções as mais díspares e possíveis entre si”⁹⁵, dentre as quais destacamos, pela importância que esta tem no presente trabalho, o reconhecimento da existência ou não existência da sociedade em comum, na maioria dos julgados tratada como “sociedade de fato”⁹⁶.

Diante da importância que o instituto da *affectio societatis* tem assumido em nosso direito comercial, cabe, inicialmente, uma investigação sobre o seu conceito. As concepções francesas de *affectio societatis* tiveram vasta aceitação, tendo sido amplamente invocadas pelos juristas brasileiros para definir o contrato de sociedade e o

⁹⁴ “Como elementos específicos caracterizadores das sociedades empresárias, requer-se a cooperação efetiva entre os sócios a que se chama *affectio societatis*, isto é, o liame de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social, a contribuição dos sócios para o capital social e a participação dos mesmos nos lucros e nas perdas”. (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. atualizado por Carlos Henrique Abrão. 36ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 148.). “Além da participação de todos os sócios nos lucros e nas perdas, é importante destacar na sociedade empresarial a *affectio societatis*: a intenção de associação e cooperação recíprocas. Esse aspecto é fundamental para estabelecer a natureza jurídica do contrato de sociedade. Sem esse vínculo, o liame negocial entre os participantes não será de sociedade.” (VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90). “A *affectio societatis* é o elemento psicológico considerado decisivo para a caracterização do contrato, elemento que possibilita distingui-lo de figuras afins, como a parceria a edição, certos contratos de trabalho e, de modo geral, os negócios precários, nos quais, conforme noção pacífica, promete alguém determinadas prestações em troca de participações no que outrem venha a obter” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 482). “Cabe fazer menção, ainda, à *affectio societatis* como pressuposto de existência da sociedade empresarial pluripessoal. Esse pressuposto diz respeito à disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresarial, de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio jurídico comum. Esta disposição, este ânimo, é condição de fato da existência da sociedade pluripessoal, posto que, sem ela, não haverá a própria conjugação de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 164). Entre tantos outros.

⁹⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “*Affectio Societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: *Temas d Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

⁹⁶ STJ, 3ª Turma, REsp 1192726-SC, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 17/03/2015; TJRS, Apelação Cível Nº 70067349662, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, 29/06/2016; TJRS Apelação Cível Nº 70062587340, Sexta Câmara Cível, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, 28/04/2016; TJSP, Apelação 0003670-69.2912.8.26.0602, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator: Cesar Ciampolini, 31/08/2016.

vínculo entre os sócios⁹⁷. Apesar de sua frequente aplicação, a mesma dificuldade encontrada na França⁹⁸ para definir a *affectio societatis* também pode ser notada em nossa doutrina e jurisprudência, havendo grande disparidade aos conceitos que cada autor lhe atribui.

Uma primeira vertente conceitual atribuída à *affectio societatis* é aquela que atribui ao *consentimento* necessário para os contratos de sociedade uma caráter especial em relação aos demais contratos. Esta concepção reconhece na *intenção* dos contratantes elemento do contrato de sociedade.

Essa intenção de formar e participar da sociedade não se confunde com o simples consenso dos contratos em geral, que são em muitos casos supridos até mesmo pelo silêncio. A *affectio societatis*, além de se constituir numa declaração de vontade formal e expressa, revela uma intensidade maior, um *plus*, em relação à dos demais contratos⁹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça filiou-se a esta aceção do termo em acórdão de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ao tratar a *affectio societatis* como “elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social”¹⁰⁰. Em outra ocasião, a Min. Nancy Andrichi tratou a *affectio societatis* como “sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social”¹⁰¹.

Hernani Estrella define a *affectio societatis* como a “cooperação ativa, mais ou menos constante, por parte de todos os associados”. Essa cooperação, de tão significativa, serviria de traço para diferenciá-la da comunhão, precisamente, pois nesta última cada consorte trabalharia por si e para si. Destacando não o aspecto volitivo do

⁹⁷ BARUFALDI, Luís Fernando Roesler. *A dissolução parcial da sociedade anônima pela quebra da affectio societatis*. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2001, f., 92.

⁹⁸ “Desconsideradas as invocações meramente secundárias e sem qualquer conteúdo instrumental, o conceito de *affectio societatis* é desprezados pelas obras de direito societário mais conhecidas da Itália, Espanha, ou Portugal. É completamente abandonada na Alemanha e na Suíça (...). É tão somente no Direito Francês que ainda se encontram maiores referências ao instituto, por força da jurisprudência; mas mesmo lá os autores salientam sua ambiguidade, propugnando por uma teoria objetiva”. (FRANÇA; VON ADAMEK. *Op. Cit.*, 2009, p. 31-32.)

⁹⁹ BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais: empresa e estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 96-97.

¹⁰⁰ STJ, 3ª Turma, REsp 1192726-SC, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 17/03/2015.

¹⁰¹ STJ, 3ª Turma, REsp 247002-RJ, Relatora: Min. Nancy Andrichi, 04/12/2001.

contrato de sociedade, mas sim o seu aspecto cooperativo, o autor conclui que a *affectio* é “o meio de que se utilizam os sócios para alcançar o objetivo que os uniu, isto é, percepção dos lucros a serem distribuídos entre todos”¹⁰².

Passemos às críticas ao instituto. A *affectio societatis* não é modalidade de consentimento distinta da exigida para demais negócios jurídicos. A *intenção* das partes não manifesta é juridicamente irrelevante no nosso ordenamento. A doutrina que adota o posicionamento segundo o qual o encontro das manifestações de vontades exigido na celebração de um contrato de sociedade não corresponde ao mesmo consenso exigido para os contratos em geral confunde o *consentimento*, de um lado, com o *objeto* ou *causa* do contrato de sociedade, ao qual se dirige a declaração de vontade, de outro. “Entender o tema de outra forma levaria ao paradoxo de admitir que existem tantas especiais modalidades de consentimento quanto sejam os negócios jurídicos em geral, típicos ou atípicos”¹⁰³.

Ainda, ela não se traduz num elemento nuclear autônomo nem tampouco possui alguma conotação excepcional que não se faça presente noutros tipos de contrato de longa duração e colaboração. Como contrato plurilateral, o contrato de sociedade apresenta como traço distintivo a comunhão de escopo. Esta não deixa de ser uma simples manifestação própria do consentimento exigido na celebração de qualquer contrato, não atuando, portanto, em paralelo ao consentimento em geral¹⁰⁴.

Para concluirmos, cabe colacionar excerto de Giuseppe Ferri traduzido por Erasmo Valladão que trata da *affectio societatis* no âmbito da sociedade em comum:

No âmbito da categoria das sociedades irregulares entram as assim chamadas sociedades de fato, aquelas sociedades que se formam sem a estipulação de um contrato social, à base de um comportamento concludente de uma pluralidade de sujeitos. Trata-se de fenômenos societários sobretudo comuns na prática, que se realizam enquanto se determine, de fato, a criação de um fundo comum para o exercício em comum de um atividade econômica com o fim de divisão dos lucros. A jurisprudência também exige a *affectio societatis*, que, de resto, não

¹⁰² ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1973, p. 279-280.

¹⁰³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “*Affectio Societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: *Temas d Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36-38

¹⁰⁴ *Ibidem*.

é requisito ulterior, *mas é a representação subjetiva da persecução do escopo social sob a base dos requisitos objetivos*, e distingue a existência da sociedade nas relações internas, ligando-a à efetiva ocorrência, de fato, dos mencionados requisitos, e nas relações externas, ligando-a à mera aparência de um fenômeno societário¹⁰⁵

Como tratado anteriormente, o que particulariza a sociedade não é o *consentimento*, mas a *causa*: a consecução do fim comum.

1.4. A CONTRIBUIÇÃO DOS SÓCIOS

O primeiro dos elementos específicos constantes da definição societária do Código Civil é precisamente a *contribuição com bens ou serviços*. Para que haja contrato de sociedade, duas pessoas ou mais devem reciprocamente se obrigar a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica e a partilha correspondente dos resultados.

Indagou-se se a contribuição seria um elemento *essencial* da noção societária ou apenas um elemento *natural*¹⁰⁶. A doutrina é quase pacífica no primeiro sentido¹⁰⁷. Sem a contribuição, contrato não pode qualificar-se de sociedade, nem pode ter-se como sócio quem a esta prestação não se obrigue. Na verdade, a contribuição para os apontados fins constitui um dos traços mais característicos e específicos da figura societária, não sendo concebível que a sua falta possa deixar de descaracterizá-la¹⁰⁸.

Esta contribuição dos sócios desempenha, na organização societária, uma função tríplice: (i) a formação do fundo comum, indispensável ao exercício social e à

¹⁰⁵ FERRI, Giuseppe. *Le Società*. Turim, UTET, 1985, *apud* FRANÇA; VON ADAMEK, *Op. Cit.*, 2009, Nota de Rodapé 63.

¹⁰⁶ A classificação tradicional divide os elementos do negócio jurídico em *essenciais*, *naturais* e *acidentais*. *Elementos naturais* seriam aqueles indispensáveis à existência do ato: a vontade, o objeto, a forma e a causa. Os *elementos essenciais*, não seriam elementos, mas efeitos decorrentes da própria natureza do negócio, fixados em normas jurídicas supletivas e que, por isso, podem ser excluídos em cláusula contrária. Os *elementos acidentais*, por fim, seriam aqueles que podem figurar ou não no negócio; são desnecessários à formação do ato, as partes deles se utilizam para modificar a sua eficácia. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. rev., atual., e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410).

¹⁰⁷ Pinto Furtado, sustentando o entendimento quase pacífico, refere-se a BOLAFFI, *La Società Semplice*, 1947; FERRI, Giuseppe, *Le società*, 1989; FERRARA JOR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1999, 11ª ed., entre outros. (PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 105)

¹⁰⁸ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 105.

persecução do fim comum; (ii) a definição do montante da participação de cada sócio na sociedade, e o respectivo quinhão nos lucros e nas perdas decorrentes dos exercício da atividade social; e (iii) a constituição, na sua síntese global e aritmética, do capital social da sociedade¹⁰⁹.

Esta prestação, especificamente na sociedade em comum – a qual não excepciona a regra geral do contrato de sociedade - pode consistir tanto em bens como em serviços¹¹⁰. A integralização em bens pode subdividir-se, ainda, em outras duas categorias: em *espécie* e em *pecúnia*.

Por meio da contribuição em serviços, o sócio obriga-se à prestação de trabalho em proveito da atividade social – administração do empreendimento, serviços de consultoria, mão-de-obra, etc. – atuando como *sócio de indústria*¹¹¹, à semelhança do que se tem na sociedade simples e do que ocorria na antiga sociedade de capital e indústria¹¹². O simples fato de a sociedade em comum possuir regência subsidiária pelo regramento da sociedade simples autoriza a existência do sócio de indústria na formação societária¹¹³⁻¹¹⁴.

Há de se ressaltar que a prestação em trabalho deve consubstanciar-se em uma obrigação de fazer: não se admite um não-fazer como contribuição em serviço para a formação do capital social¹¹⁵. A título de exemplo, a obrigação de não-concorrência por parte de um sócio com a sociedade – um *non facere* – não poderia ser considerada como a contribuição de tal sócio para a persecução do fim comum social.

¹⁰⁹ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 95.

¹¹⁰ A prestação não pode ser feita através de serviços em determinados tipos societários, como a sociedade limitada. O Código Civil de 2002 assim disciplina: Art. 1.055, § 2º. É vedada a contribuição que consista em prestação de serviços.

¹¹¹ Hernani Estrella define os *sócios de indústria* como “meramente prestadores de serviço”, que “se obrigam tão somente a prestar seu trabalho”. (ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1973, p. 363).

¹¹² No que se refere à contribuição em serviços, as mesmas regras aplicáveis à sociedade em conta de participação também se aplicam às sociedades em comum. Como veremos adiante, é difícil a distinção entre às sociedades não personificadas diante da similaridade da maioria de seus atributos. (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 234).

¹¹³ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

¹¹⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 234

¹¹⁵ PINTO FURTADO, *Op. Cit.*, 2004, p. 106.

No que se refere à contribuição em dinheiro, por seu turno, ela deve ser prestada em real, que é a moeda de curso forçado no território nacional, e o próprio valor da moeda determina o valor da participação do sócio¹¹⁶.

Quanto à integralização de bens em espécie, os bens que a poderão compor compreenderão um amplo alcance da palavra bem, abarcando tudo quanto, não constituindo nem dinheiro nem um serviço, sejam úteis à atividade a ser explorada e tenha valor patrimonial¹¹⁷. Scalzilli e Spinelli arrolam, a título exemplificativo, uma vasta gama de bens que poderiam servir para a contribuição, desde que possam ser aproveitados para a exploração do objeto social: equipamentos, máquinas, ferramentas, utensílios, veículos, animais, terrenos, prédios, invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, direitos autorais, softwares, créditos, concessões administrativas, posições contratuais, direito de uso de determinado bem¹¹⁸.

Relevante para o tema em estudo no presente trabalho é a investigação sobre (i) o patrimônio da sociedade em comum, (ii) a avaliação do montante que compete a cada sócio neste patrimônio em comum quando esta não for possível de ser auferida pela simples matemática das contribuições, e (iii) a natureza jurídica do ato de contribuição.

Discussão que deve ser antecipada ao tratamento do patrimônio da sociedade em comum é se a sociedade em comum se constitui relação societária propriamente ou mera relação de comunhão¹¹⁹. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa opina que “a verdadeira natureza jurídica” da sociedade em comum não é de sociedade, mas de

¹¹⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 330.

¹¹⁷ . A lição do estudioso português é plenamente aplicável ao direito pátrio. (PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades. 5ª ed., rev., e atual*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 99).

¹¹⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 233.

¹¹⁹ Erasmo Valladão distingue o regime jurídico aplicável à comunhão e o aplicável às sociedades (e, especialmente, à sociedade em comum): (i) enquanto na comunhão cada condômino pode alhear a respectiva parte ideal e gravá-la, o sócio não pode vender a sua quota sem o consentimento dos demais; (ii) enquanto cada condômino pode requerer a qualquer momento a extinção da comunhão, a dissolução da sociedade por tempo determinado depende do consentimento unânime dos sócios, ou de sócio representando $\frac{3}{4}$ do capital social, e a de tempo indeterminado, da maioria absoluta; ainda, para retirar-se da sociedade, nas sociedades por tempo determinado o sócio só pode fazê-lo provando justa causa, e nas de tempo indeterminado mediante notificação prévia com o prazo de 60 dias; (iii) enquanto a dívida comum dos condôminos, salvo se estipulado diferentemente, estende-se proporcional aos seus quinhões, a dívida dos sócios da sociedade em comum é solidária; (iv) enquanto na comunhão, havendo empate, decidirá o juiz, na sociedade, ocorrendo o mesmo, decidirá o maior número de sócios, somente recorrendo-se ao juiz se o empate persistir. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 158-159).

comunhão¹²⁰. Sylvio Marcondes, autor do Anteprojeto da atual codificação na parte de Direito Empresarial, esclareceu o tema em texto que integrou a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil:

Ora, a sociedade, acordo de vontades apto a constituir direitos subjetivos, é negócio jurídico, a produzir efeitos imediatos, de caráter societário, e independentes de que ela adquira, ou não, personalidade jurídica. A personificação, fenômeno *posterior*, do qual a *existência* da sociedade é pressuposto, constitui a fonte geratriz de um novo sujeito de direito, capacitado a ser titular do patrimônio especial, que, *previamente* composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, se desliga da titularidade destes, para transformar-se em patrimônio autônomo, objeto da nova titularidade. Mas, o dito patrimônio especial, é, como tal, complexo das relações jurídicas que a *atividade social* tenha produzido e, por isso mesmo, *relações societárias*, quer entre os sócios, quer destes com terceiros. Por estes fundamentos, o anteprojeto considera a sociedade na fase antecedente à personificação, não como um produto bastardo, que, denominado *sociedade de fato*, a lei atual manda viver nos quadros do direito comum, mas perfilhando-a à linhagem societária, no grupo das sociedades não personificadas. Aí, levada e conta a titularidade dos sócios, ainda não desligada do patrimônio especial que lhe serve de sucedâneo, recebe o nome de *sociedade em comum*, regida por preceitos específicos e suprida pelas normas aplicáveis da sociedade simples, cuja estrutura mais adiante se verá¹²¹.

Da lição extraem-se importantes conclusões: no direito atual, não há como sustentar a personalidade jurídica da sociedade em comum¹²², ainda mais em vista do patrimônio *separado* ou *especial* – e não *autônomo* – que a lei reserva para o exercício

¹²⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial 2*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110.

¹²¹ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad - Editor de Livros de Direito, 1970, p. 145.

¹²² Marcelo Andrade Féres refere que os comercialistas João Eunápio Borges (BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971) e Dylson Doria (DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*, v. 1. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998) entenderam que, mesmo antes do registro, a sociedade em comum possuía personalidade jurídica. Decorre este entendimento da semelhança existente entre a sociedade em comum e a sociedade em nome coletivo – sociedade personificável – considerando que em ambas, em princípio, há responsabilidade solidária e ilimitada dos integrantes pelas obrigações sociais (FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114).

da atividade econômica que constitui o seu objeto¹²³. O Código Civil de 2002, no art. 45, dispõe expressamente que a personalidade jurídica decorre do registro, ato que não existe na vida da sociedade em comum; ao contrário, ele sela sua morte¹²⁴.

O patrimônio autônomo está no *plano dos sujeitos*, ao passo que o patrimônio separado está no *plano dos objetos*¹²⁵. “Apartado do patrimônio geral para realizar um determinado fim, o patrimônio separado concentra, em si, o ativo e o passivo emergentes do complexo de relações jurídicas necessárias à satisfação desse fim”¹²⁶.

Assim, como se trata de um conjunto de pessoas que, individualmente, não se obrigam pelo total das dívidas resultantes da atividade comum, a solução óbvia é o reconhecimento de que bens conferidos pelos sócios à sociedade e as obrigações passivas decorrentes do início das atividades formam um patrimônio, patrimônio esse que tem como titulares comuns os sócios e que, por isso não se integra no patrimônio geral de qualquer deles inteiramente. Patrimônio especial, pois, que os sócios titulam em comum¹²⁷.

Portanto, diz-se patrimônio especial, pois é destinado à atividade negocial da sociedade em comum (finalidade). Na medida em que a sociedade em comum não possui personalidade jurídica, esse patrimônio separado permanece na titularidade dos sócios *em comunhão*¹²⁸. As contribuições dos sócios destinam-se, por conseguinte, a formar um *núcleo patrimonial separado* para o exercício da atividade que constitui o seu objeto social¹²⁹.

Pontes de Miranda, já havia esclarecido a questão ao tratar das sociedades irregulares, ensinando que, ainda que não houvesse personalidade jurídica na sociedade irregular, os credores particulares de cada sócio da sociedade irregular não poderiam ir contra o *patrimônio separado* com prejuízo para os credores da sociedade, ao passo que

¹²³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 151-152.

¹²⁴ FÉRES, *Op. Cit.*, 2011, p. 115.

¹²⁵ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad - Editor de Livros de Direito, 1970, p. 96

¹²⁶ *Idem*, p. 98-99.

¹²⁷ SZTAJN, Rachel; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa, vol. XI*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164-165

¹²⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 156

¹²⁹ *Idem*, p. 157

estes somente podem ir contra o patrimônio de cada sócio depois da execução do patrimônio especial¹³⁰. O mestre alagoano, corretamente, divergiu de Carvalho de Mendonça, que reconheceu ser a sociedade irregular titular de personalidade jurídica¹³¹. A solução pontiana antecipou o tratamento que veio a ser dado pelo Código Civil de 2002.

O credor do sócio, ao não poder adentrar no patrimônio separado, terá sua garantia no quinhão que seu devedor possui no patrimônio especial, mas não nos bens que individualmente o integram. Ademais, o credor particular do sócio poderá recair sobre o que a este lhe couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação¹³²⁻¹³³.

Como bem destacou Alfredo de Assis Gonçalves Neto, estas soluções podem gerar uma imensa dificuldade para o credor particular do sócio, pois, na falta de outros bens, terá de saber qual a participação desse seu devedor na sociedade. Em situações extremas, portanto, sustenta o autor que, com base no princípio de proteção ao terceiro de boa-fé, pode o juiz, segundo seu prudente arbítrio, encontrar solução na equidade, reputando que o crédito tem no conjunto dos bens sociais a garantia de seu pagamento, em concurso com os demais créditos dos credores (solução que ampararia o credor do sócio e, ao mesmo tempo, asseguraria aos credores da sociedade o tratamento que a lei estabelece)¹³⁴.

No que diz respeito à avaliação da contribuição dos sócios, pode esta até não existir, não sendo obrigatório que se fixe o valor das entradas no contrato social. Nas sociedades personificadas, a avaliação tem por fundamento a necessidade de proteger os

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIX, 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 66

¹³¹ “Face interessante e difícil do assumpto é a relativa ás sociedades chamadas *irregulares*. Estas sociedades são pessoas jurídicas!” (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3^a edição, atualizada por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 88).

¹³² WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94.

¹³³ Arnaldo Wald sustenta que credor particular do sócio poderá requerer, visando à satisfação do seu crédito, a liquidação da quota social do devedor, como se condomínio se tratasse. (WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94). Entendemos não se tratar de solução correta. Diferentemente da comunhão, e este é aspecto que distingue os institutos, como bem tratou Erasmo Valladão, a dissolução da sociedade por tempo determinado depende do consentimento unânime dos sócios, ou de sócio representando $\frac{3}{4}$ do capital social, e a de tempo indeterminado, da maioria absoluta. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 158-159). Solução diversa permitiria que o credor que não tem seu crédito satisfeito de outra forma dissolvesse instituto societário, valendo-se das regras aplicáveis à comunhão.

¹³⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3^a ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 149.

terceiros que entram em relação com elas. Como na sociedade em comum respondem os sócios solidária e ilimitadamente pelas dívidas sociais, não estando os credores sociais adstritos ao patrimônio especial da sociedade, não se verifica a necessidade de tal cuidado na avaliação dos bens, podendo ser atribuído aos bens e serviços entregues pelos sócios qualquer valor convencional ou sequer valor algum¹³⁵.

Por sua vez, como apontado pelo professor paranaense, a avaliação pode ser importante para fixar o quinhão que cada sócio possui na sociedade, e a sua respectiva participação nos lucros e no acervo social em caso de liquidação. Os montantes daí decorrentes poderiam satisfazer eventual credor particular do sócio da sociedade em comum, e o próprio sócio, quando da apuração de haveres.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros adotou solução peculiar quando impossível de se dirimir a participação de cada sócio, presumindo que, nestes casos, a mesma é igualitária: “é de se presumir que as partes em comunhão de esforços constituíram a sociedade de fato com capital comum, devendo o patrimônio desta empresa ser partilhado de forma igualitária por ocasião da dissolução da referida sociedade despersonalizada”¹³⁶. Esta solução é análoga a que já vinha sendo adotada no direito vigente antes do Código Civil de 2002¹³⁷.

De outra parte (retornando ao tratamento do patrimônio especial da sociedade, após breve digressão sobre a avaliação da participação dos sócios), o núcleo patrimonial da sociedade também adquire autonomia perante os sócios: uma vez realizadas as suas contribuições ao patrimônio separado, a gestão deste competirá ao que estiver disposto nas regras organizativas do grupo¹³⁸.

Por fim, no que concerne à subscrição e aporte dos sócios ao patrimônio especial, cabe tratar da natureza jurídica desta contribuição. Jorge Henrique Pinto Furtado trata da *entrada* como “um astro desse universo, que apresenta estrutura e alcance próprios, não devendo confundir-se a sua natureza jurídica com a do sistema em

¹³⁵ Por tratar-se de situação análoga, valemo-nos da solução proposta por Scalzilli e Spinelli à sociedade em conta de participação, em alusão à doutrina europeia. (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 236).

¹³⁶ TJRS, Apelação Cível n. 70030565253, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 16.12.2009.

¹³⁷ TJRS, Apelação Cível n. 70002600120, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20.06.2001. Decisão em ação que reconheceu a existência de sociedade de fato entre casal que desenvolvia labor conjuntamente, e que adquiriu bens mediante o esforço comum.

¹³⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 160

que se insere”¹³⁹. Nesta perspectiva, a contribuição é, em primeiro lugar, uma prestação que poderá ser classificada como uma prestação de *dare* ou uma prestação de *facere*, conforme a contribuição seja em bens ou serviços¹⁴⁰.

Considera o autor português que a contribuição não é uma liberalidade, “uma alienação ou oneração a título gratuito”, mas um ato dispositivo a título oneroso que tem como contraprestação parte no patrimônio especial (no caso de sociedade em comum), a quota (no caso da sociedade limitada), ou ações (no caso da sociedade anônima)¹⁴¹. O aumento do capital social, ou as contribuições supervenientes ao patrimônio especial, sendo assim, com as adaptações necessárias, reproduziriam o mecanismo e a natureza jurídica das contribuições iniciais.

A natureza jurídica da contribuição e a causa do deslocamento patrimonial para a formação do patrimônio especial é tema de maior destaque no estudo da sociedade oculta. Erasmo Valladão, em parecer não vitorioso para o caso *Securitas AB*¹⁴²⁻¹⁴³,

¹³⁹ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 106

¹⁴⁰ PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5ª ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004, p. 106.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² TJSP, Agravo de Instrumento n. 553.932-4/6, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Boris Kauffmann, j. 24.09.2008. O caso foi nomeado *Securitas AB* por nós, para fins de simplicidade na sua denominação no âmbito do presente trabalho.

¹⁴³ A sociedade *Securitas AB* celebrou contrato com os detentores de quotas sociais da sociedade *Estrela Azul Serviço de Vigilância Segurança e Transporte de Valores Ltda*. Para exercer opção de subscrição de 51% (cinquenta e um por cento) de ações de empresa que seria constituída para deter o controle da mesma. Ainda, visando a preservação das atividades da *Estrela Azul*, prestou garantias à instituição financeira na concessão de empréstimos a curto prazo, deixando, todavia, de exercer a opção. A sociedade *Estrela Azul* requereu recuperação judicial, cujo processamento foi deferido, e, na assembleia geral de credores, o administrador judicial não reconheceu o direito de voto da *Securitas AB*, sob o argumento de que os pagamentos efetuados equivaleriam a um adiantamento para aporte de capital e que 15 (quinze) executivos teriam passado a trabalhar diariamente na empresa *Estrela Azul*. O Desembargador Relator Boris Kauffman entendeu que os pagamentos da sociedade sueca não foram efetuados pretendendo o pagamento de dívidas: dado o comportamento desta depois de encerrado o prazo de *due diligence*, revelase a sua condição de sócia oculta. “Os pagamentos efetuados à instituição financeira credora das agravadas por parte da agravante demonstram o seu interesse efetivo na continuidade das empresas, inclusive, com a manutenção de pessoal próprio, revelando a sua condição de sócia e não de credora, disto resultando ter sido correta a deliberação do administrador judicial ao impedir o exercício do direito de voto, e do magistrado, deferindo a recuperação judicial”. O Desembargador Revisor Hamilton Elliot Akel, acompanhou o voto do Desembargador Relator. Divergiu destes o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças que, a nosso ver, decidiu corretamente, apesar de ter sido voto vencido. O Desembargador divergente entendeu que o contrato celebrado entre as partes não poderia ser considerado como tal, já que configura simples tratativa preliminar. A agravante não poderia ser considerada nem “sócia oculta ou de fato”, nem “controladora oculta ou de fato”. Não houve, no caso, adiantamento de contribuição de capital, mas outorga de garantias para que a instituição financeira concedesse empréstimos à *Estrela Azul*, e, posteriormente, o pagamento de quantia efetuado pela *Securitas AB* na condição de fiadora do empréstimo: o intento da consulente não era o de contribuir para o fundo social. Ainda, a presença dos executivos da *Securitas AB* e mesmo a eventual apresentação de sugestões ou orientações objetivando uma melhor governança não tem o condão de convolar aqueles executivos em administradores de fato das empresas. Portanto, entendeu o Desembargador que a assembleia geral fora

sustentou não haver sociedade oculta entre os litigantes, pois a natureza jurídica da relação que foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo como um adiantamento para futuro aumento de capital, era (apenas) de natureza de garantia¹⁴⁴.

A sociedade *Securitas AB* não teria aportado dinheiro ou bem algum para a formação de um pretenso fundo social, mas simplesmente avalizou ou afiançou empréstimos em favor da sociedade *Estrela Azul Serviço de Vigilância Segurança e Transporte de Valores Ltda.* Ressaltou o parecerista que a relação do fiador dá-se com o credor do avalizado ou afiançado; e não com este último. Portanto, não haveria qualquer relação direta – societária ou não – entre a *Securitas AB* e a *Estrela Azul*; desta, a sociedade sueca nem credora seria por ocasião do fornecimento das garantias, pois seu crédito só nasceu quando os empréstimos não foram pagos, e a garantidora honrou as garantias e sub-rogou-se nos direitos do credor¹⁴⁵.

Admitiu o parecerista que o fato de se fornecer dinheiro ou garantias a um devedor pode, muitas vezes, aliado a outros indícios, disfarçar uma sociedade em comum, com o suposto credor ou garantidor não passando de um sócio de fato. Contudo, no caso em comento, as garantias prestadas foram contragarantidas pela devedora, o que indicaria que o fundamento da prestação não seria o de contribuir para um fundo social, pois a posição de assegurar o recebimento do seu crédito seria incompatível com a de contribuir como sócio¹⁴⁶.

Na prática, a existência do contrato social, também para os fins da declaração de falência do sócio ilimitadamente responsável *ex art. 147 LF*, pode resultar, além de provas diretas, também de manifestações exteriores reveladoras dos componentes da relação societária, entre as quais pode-se reconhecer particular significação às relações de financiamento e de garantia, se constituídas sistematicamente e *com*

“maculada de nulidade” e deu provimento ao recurso para revogar a decisão concessiva da recuperação judicial.

¹⁴⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Parecer: “Recuperação Judicial. Sociedade Estrangeira que Presta Garantias em Favor de Sociedade Brasileira cujo Grupo Pretendia Controlar. Inexistência de Caracterização de Sociedade em Comum, da Figura do Sócio Oculto ou do Administrador de fato. Ilegalidade da Proibição do Voto da Consultante na Assembleia de Credores Haveria na Recuperação Judicial das Empresas do Grupo”. In: *Temas d Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 446-482

¹⁴⁵ *Idem*, p. 463.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 464.

exclusão de regresso do garante, resolvendo-se substancialmente em um instrumento de aporte de capital à sociedade¹⁴⁷.

No caso em exame, nos termos do parecer, “se o financiador ou garantidor se reservou o direito de regresso”, e se, ainda mais, exigiu “três espécies de *contragarantias*, reais e pessoais, torna-se evidente que seu intento não poderia ser o de aportar capital à sociedade de cujos empréstimos garantira”¹⁴⁸.

Em recente julgado, também do Tribunal de Justiça Paulista, a parte autora aduzia ser *sócia de fato* da sociedade empresária cujas quotas a família de seu ex-cônjuge era titular, pois contribuía para a formação do patrimônio especial mediante a prestação de serviços para a sociedade, e “dava opiniões e estava a par dos negócios”. A parte autora, contudo, também era empregada como auxiliar de administração pela sociedade ré. Desta forma, o Tribunal decidiu – corretamente – que não havia sociedade em comum entre as partes, pois não havia provas e fundamentos de que a autora seria sócia de serviços, porquanto efetivamente contratada como empregada¹⁴⁹. O fundamento jurídico para a “transferência” dos serviços prestados era o contrato de trabalho, e não a contribuição para o fundo social.

Por fim, destacamos a importância na verificação da existência de sociedade oculta se houve contribuição por parte dos supostos sócios ocultos, e se o fundamento das prestações destas “contribuições” seriam, de fato, a formação de um patrimônio especial. Não o sendo, não haverá sociedade oculta.

1.5. A PARTILHA DOS RESULTADOS

A partilha entre os sócios dos resultados consequentes da atividade econômica desenvolvida pela sociedade é um dos pilares essenciais para a sua identificação e para a

¹⁴⁷ Conforme tradução livre de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. (IANNIELO, Barbara. *Il Nuovo Diritto Falimentare*. Milão: Giuffrè Editore, 2006, pp. 328-329 *apud* FRANÇA, *Op. Cit.*, 2009, p. 464).

¹⁴⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Parecer: “Recuperação Judicial. Sociedade Estrangeira que Presta Garantias em Favor de Sociedade Brasileira cujo Grupo Pretendia Controlar. Inexistência de Caracterização de Sociedade em Comum, da Figura do Sócio Oculto ou do Administrador de fato. Ilegalidade da Proibição do Voto da Consultante na Assembleia de Credores Havida na Recuperação Judicial das Empresas do Grupo”. In: *Temas d Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 465.

¹⁴⁹ TJSP, Apelação n. 100796-63.2013.8.26.0698, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, j. 31.08.2016.

distingui-la de figuras afins¹⁵⁰. A partilha dos lucros e das perdas sociais é tanto *elemento específico nuclear* do contrato de sociedade quanto direito e dever, respectivamente, dos seus sócios: não há sociedade sem a participação dos sócios nos lucros e nas perdas sociais¹⁵¹.

Primeiramente, no âmbito deste subcapítulo, verificaremos o tratamento destinado à partilha dos resultados pelo atual Código Civil. Analisaremos os dispositivos aplicáveis às sociedades simples, tendo em vista a regência supletiva destas regras no regime jurídico das sociedades não personificadas. Posteriormente, estudaremos a forma que a jurisprudência brasileira vem tratando a distribuição de lucros e o compartilhamento das perdas para a identificação da existência de sociedade em comum. Por fim, procederemos com um estudo de direito comparado, compreendendo a importância da distribuição dos lucros na verificação da existência das *partnerships* norte-americanas¹⁵².

Consoante disposto no atual Código Civil, não havendo estipulação em sentido diverso, todos os sócios participam tanto dos lucros quanto das perdas na proporção de suas respectivas quotas ou, em se tratando de sócio de indústria, na proporção da média do valor das quotas¹⁵³. Previsões semelhantes já constavam nos arts. 1.381¹⁵⁴ do Código Beviláquia e 330 do Código Comercial¹⁵⁵.

¹⁵⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 198

¹⁵¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Beviláquia e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 43

¹⁵² O âmbito do presente trabalho é a compreensão da sociedade oculta no direito brasileiro. Portanto, contribui para a compreensão das regras aplicáveis às sociedade em comum, o estudo do instituto correlato norte-americano, contrastando o tratamento dado à existência da sociedade aqui, e à existência da *partnership* lá. Erasmo Valladão, em sua tese de livre-docência, ao justificar a não abordagem do direito anglo-saxão no seu estudo de direito comparado, justificou: “não nos pareceu, pelas pesquisas inicialmente realizadas, que o direito anglo-saxão pudesse dar uma grande contribuição ao estudo da matéria, como ocorre inequivocamente em outro campo do direito societário: o das sociedades anônimas”. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, Nota de Rodapé 9). Aproveitaremos a ausência justificada desta análise no trabalho do professor paulista para tentarmos apresentar, ao que parece, traços de um estudo comparado “inédito” referente à existência da sociedade em comum.

¹⁵³ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

¹⁵⁴ BRASIL. Código Civil, 1916. Art. 1.381. Se o contrato não declarar a parte de cada sócio nos lucros e perdas, entender-se-á proporcionada, quanto aos sócios de capital, à soma com que entraram, e quanto aos de indústria, a menor das entradas.

¹⁵⁵ BRASIL. Código Comercial, 1850. Art. 330. Os ganhos e perdas são comuns a todos os sócios na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social; salvo se outra coisa for expressamente estipulada no contrato.

A proporção, salvo regra em contrário, é idêntica para lucros e para perdas. Contudo, há uma grande liberdade de estipulação para fixar a participação de cada sócio, podendo constituir diversos arranjos: (i) um percentual de participação nos lucros produzidos, (ii) uma participação a partir de certa medida, quando as partes só recebem o quinhão acordado depois que um montante mínimo foi atingido; (iii) uma limitação máxima dos lucros de um dos sócios; (iv) uma prioridade a determinados sócios na participação dos lucros até certo montante; (v) uma variação na participação em certos períodos; (vi) a atribuição de uma parte do produto da venda de certos bens; (vii) a atribuição de uma parte do resultado bruto de uma operação, entre outras modalidades¹⁵⁶.

Relativamente às perdas, vale salientar que essa participação extrapola os limites do contrato social para vincular o sócio a responder ilimitadamente perante terceiros pelas dívidas sociais, quando esgotado o patrimônio social, sempre na mesma proporção. Havendo responsabilidade solidária entre os sócios, como na sociedade em comum, ainda assim será mantida a participação proporcional; contudo, perante terceiros, respondem todos pela totalidade das obrigações que a sociedade não pode cumprir, cabendo direito de regresso contra os demais sócios àquele que pagou¹⁵⁷.

Prevalece, no silêncio do contrato, o sistema da proporcionalidade e não o da igualdade. A quota de participação nos lucros e nas perdas será em proporção às quotas entradas para o capital¹⁵⁸.

A liberdade de contratar no que se refere à possibilidade de livremente fixar a participação nos lucros e nas perdas por cada sócio deve observar o limite imposto pelo art. 1.008¹⁵⁹. Ademais, ainda que haja cláusula de limitação de responsabilidade protetiva a um o mais sócios, esta norma tem eficácia entre os sócios, mas não perante

¹⁵⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 181-182.

¹⁵⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 198

¹⁵⁸ No direito romano, no silêncio do contrato, os lucros partilhavam-se igualmente por todos, sem atenção ao valor das quotas. (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 45)

¹⁵⁹ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

terceiros: sócios, perante terceiros, são subsidiária e ilimitadamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações sociais¹⁶⁰.

Carvalho de Mendonça ensina, em lição que permanece atual, que o *contrato social* que contiver cláusula que estipule a totalidade dos lucros a um dos sócios, a privação dos lucros para algum dos sócios e a liberação de algum dos sócios dos prejuízos sociais seria nulo, pois faltaria ao seu fim. Em que pese o tratamento legal da nulidade da estipulação lesiva, “a sociedade é que se acharia nulla e não a clausula prohibida. A nulidade é de ordem pública”¹⁶¹.

Questão interessante é a de avaliar se é permitido o contrato social fixar valor exíguo de participação, apenas para não ferir a previsão legal. Carvalho de Mendonça, complementando a lição já exposta, esclarece também esta questão: “não devendo a lei ser illudida, nulla também seria a sociedade que contivesse qualquer clausula que indirectamente levasse áquelles resultados”¹⁶². Alfredo de Assis Gonçalves Neto compartilha do mesmo entendimento, sustentando que a participação nas perdas ou nos lucros absolutamente desproporcional à contribuição de cada sócio incidiria na mesma proibição do dispositivo da lei¹⁶³. As sociedades em que figuram tais cláusulas, diretas ou oblíquas, são consideradas leoninas, em “allusão á fabula do leão, que indo á caça com outros animaes, se apoderou sósinho de toda a presa”¹⁶⁴.

Deve-se ressaltar que participar nos lucros não significa exclusivamente o direito de receber dividendos, mas o direito de participar dos resultados positivos do empreendimento¹⁶⁵. Essa participação tanto pode ocorrer diretamente, como

¹⁶⁰ GONÇALVES NETO, *Op. Cit.*, 2010, p. 200.

¹⁶¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 46.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 200.

¹⁶⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, *Op. Cit.*, 1938, p. 46

¹⁶⁵ Comparato, em estudo sobre as sociedades por ações, mas plenamente aplicável ao exame que ora se faz: “a participação do acionista no lucro da sociedade não se realiza, apenas, sob a forma de percepção de dividendos, mas de outras maneiras, segundo a sistemática legal de destinação dos lucros. O direito genérico do acionista consiste em não ser privado do benefício econômico gerado pela apuração de lucros no patrimônio social. Tal benefício econômico, no patrimônio individual dos acionistas, traduz-se também, pelo aumento do valor patrimonial das ações de que são titulares, ainda que não aumentado o capital social”. (COMPARATO, Fábio Konder. *A constituição de reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório*. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 152).

indiretamente, pela aplicação dos lucros a título de investimento na sociedade, aumentando, com isso, o valor da participação de cada sócio na sociedade¹⁶⁶.

No regime societário constante na vigência do Código Comercial, havia uma exceção importante à participação proporcional por todos os sócios nas perdas sociais: o sócio de indústria não respondia por estas.

Há uma exceção ao princípio exposto, quanto ao sócio de indústria. Este não responde pelas perdas sociais, salvo se deu o nome à firma, se geriu a sociedade ou se contribuiu para o capital social com dinheiro ou outros bens. O seu risco é a perda da remuneração do trabalho prestado em benefício da sociedade¹⁶⁷.

É controverso na doutrina atual se esta regra permanece aplicável ao regime societário vigente. Alfredo de Assis Gonçalves Neto defende que todo sócio da sociedade – de capital ou de indústria - responde subsidiariamente e ilimitadamente pelas obrigações sociais, sendo, nos termos do art. 1.008, nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas¹⁶⁸. Scalzilli e Spinelli possuem posicionamento distinto: o sócio cuja contribuição consiste em serviços (no caso das *sociedades em conta de participação*, tanto o ostensivo como o participante), salvo estipulação em contrário, não participa das perdas, sendo esta uma exceção à regra do art. 1.008¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

Entendemos ser aquela a leitura correta do dispositivo do Código Civil. O sócio que contribui com serviços, ainda que, de início, não tenha se comprometido a aportar capital na sociedade, não esquivava-se por tal razão de sua qualidade de sócio e de eventuais contribuições futuras. Como sócio, independentemente da forma de contribuição, assume os riscos da atividade empresarial e da sociedade, tal como o sócio capitalista. A diferenciação entre o sócio de indústria e o sócio de capital está apenas no momento da contribuição; durante a existência da sociedade, pouco importa para o

¹⁶⁶ GONÇALVES NETO, *Op. Cit.*, 2010, p. 199.

¹⁶⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 44

¹⁶⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

¹⁶⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 153.

¹⁷⁰ Em Portugal, o sócio da indústria não responde pelas perdas sociais junto aos sócios, mas esse privilégio igualmente não ultrapassa as relações internas. (PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades. 5ª ed., rev., e atual*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 230.)

credor que visa a satisfação do seu crédito a natureza do sócio pela sua contribuição: este responde por seu *status socci*.

Nota-se que o elemento *contribuição dos sócios nos lucros e nas perdas* está intimamente ligado à assunção pelos sócios dos riscos inerentes à atividade empresarial. Não há sociedade em que não haja risco, e para que alguém seja considerado sócio, deverá assumir, ainda que minimamente, os riscos decorrentes da constituição e da persecução do fim comum social. Isso, contudo, não faz do contrato de sociedade um *contrato aleatório*, onde um contratante deve ganhar e o outro perder¹⁷¹. “A sociedade corre a álea do commercio; quando perde, perdem todos os sócios; perdendo um, os outros não podem ganhar”¹⁷².

A função do tipo societário é justamente esta: a escolha pelos agentes do modelo jurídico que vai ao encontro das intenções dos sócios e dos riscos que desejam assumir ao exercer determinada atividade econômica, com base, entre outros, na estrutura organizacional pretendida para o negócio, no regime responsabilidade dos sócios, nas regras internas de governança, nos direitos e deveres de cada contratante, na forma de aportes dos recursos necessários, na lógica de distribuição dos resultados¹⁷³. “The

¹⁷¹ O contrato de sociedade é *contrato oneroso*: cada sócio coopera para a realização do fim comum, mas tem em mira obter proveito pessoal; a contraprestação pela contribuição dos sócios é o recebimento de uma parte da sociedade, que lhe outorga direitos de participação nos resultados. Os contratos onerosos dividem-se em *comutativos* e *aleatórios*. Nos *contratos comutativos*, a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações. Nos *contratos aleatórios*, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício. Nos *contratos comutativos*, à prestação corresponde uma contraprestação, nos *contratos aleatórios*, uma das prestações pode falhar. O que os distingue não é tanto a correspondência das vantagens procuradas, mas a *certeza objetiva* das prestações, obtida no ato de conclusão do negócio jurídico. Esta certeza da prestação dos *contratos comutativos* não significa que estejam isentos de toda álea: há uma álea normal em certos *contratos* que dependem do futuro, como o contrato de sociedade, sem que percam por isso sua tipicidade *comutativa*. O principal interesse na distinção entre os *contratos comutativos* e os *contratos aleatórios* diz respeito à *lesão*, que somente poderá haver nos *contratos comutativos*. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 88-90; 481). Como disciplina o Código Civil de 2002, “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”. Ainda que o vício decorrente da regra que se extrai do dispositivo não seja na cláusula em si, mas no próprio contrato, ele alude ao instituto da *lesão*. Sendo o contrato social passível de nulidade pois evado pelo vício da *lesão*, não haverá de se falar em contrato *aleatório*, mas somente *comutativo*. Portanto, para fins de classificação, *o contrato de sociedade é contrato oneroso e comutativo*.

¹⁷² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3^a edição, atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 46.

¹⁷³ Rodrigo Tellechea trata das duas perspectivas negociais possíveis na exploração da atividade negocial: a econômica e a jurídica. “Enquanto na visão econômica, a assunção e a exposição ao risco, a análise de custos e o profissionalismo do agente são elementos centrais à organização empresarial, na jurídica o enfoque está na construção de um modelo negocial que respalde a exploração de atividades econômicas complexas. Quanto maior a complexidade e o volume de investimentos, maior será a exigência de um modelo organizacional completo, capaz de limitar o risco (responsabilidade) da atividade e reduzir os custos inerentes a ela, garantindo a reunião harmônica de diferentes agentes econômicos e de seus mais

ability to define what may happen in the future and to choose among alternatives lies at the heart of contemporary societies”¹⁷⁴.

The word “risk” derives from the early Italian *riscare*, which means “to dare”. In this sense, risk is a choice rather than a fate. The actions we dare to take, which depend on how free we are to make choices, are what the story of risk is all about. And that story helps define what it means to be a human being¹⁷⁵.

A sociedade oculta é o contrato de sociedade celebrado pelos sócios para obter a limitação da responsabilidade (opção de risco decorrente da atividade negocial) que não conseguiram através de tipo legal societário que constituíssem. A “penalização” – ou o risco contraposto a esta escolha “maliciosa” - é o reconhecimento da solidariedade e da ilimitada responsabilidade pelas obrigações da “sociedade”¹⁷⁶.

Em seu parecer para o caso *Securitas AB*, Erasmo Valladão também aponta inexistir o elemento *participação nos resultados* para que configurada fosse a existência da sociedade em comum. Os sócios da sociedade recuperanda fizeram retiradas, e as empresas custeavam gastos particulares da família proprietária. Por sua vez, a sociedade sueca não retirou “um centavo sequer” das sociedades do grupo, pagou todas as viagens e a remuneração de seus executivos, a auditoria que foi realizada, entre outros custos. Portanto, segundo o parecerista, inexistente era o elemento *participação dos sócios nos*

diversos interesses”. (TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia Privada no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 175-176).

¹⁷⁴ BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. United States of America: John Wiley & Sons, Inc, 1996, p. 2. Na versão traduzida por Ivo Korytowski: “A capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e de optar entre várias alternativas é central às sociedades contemporâneas” (BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*; tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 2). O sentido da palavra sociedade neste excerto não é aquele utilizado, em maior parte, neste trabalho – o contrato societário e o “ente” resultado eficaz de tal contrato. O autor usa o termo no sentido da reunião de pessoas que vivem em estado gregário. Contudo, considerando que quando falamos em sociedade como reunião de pessoas, em sentido corporativo ou civil, a contratualização destas relações decorre principalmente da tentativa de definir como será o futuro, a aplicação é equivalente.

¹⁷⁵ Idem, p. 8. Na versão traduzida por Ivo Korytowski: “A palavra “risco” deriva do italiano *riscare*, que significa “ousar”. Neste sentido, o risco é uma opção, e não um destino. É das ações que ousamos tomar, que dependem de nosso grau de liberdade de opção, que a história do risco se trata. E essa história ajuda a definir o que é um ser humano.” (BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*; tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 8.

¹⁷⁶ SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 156-157.

lucros e nas perdas (somente havia prejuízos para uma das partes), essencial para a configuração da existência de sociedade¹⁷⁷.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado de 2004, reconheceu a existência da sociedade em comum (sociedade de fato) entre as partes diante da divisão dos lucros decorrentes da atividade econômica exercida¹⁷⁸. A decisão é louvável em parte. Diferentemente da vasta maioria dos casos que reconhecem a existência de sociedade em comum, este não se ateve à existência ou não de *affectio societatis*, mas considerou a distribuição do lucro como elemento preponderante para o reconhecimento da existência da sociedade em comum. Por sua vez, o acórdão não examinou os demais elementos estruturais do contrato de sociedade (*i.e.*, contribuição com bens ou serviços para o exercício da atividade empresarial comum), restando, portanto, incompleta a análise final da existência ou não de sociedade entre as partes.

Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina requalificou um contrato que previa a compra e venda de um bem. Tratou-se exatamente de hipótese em que o contrato de sociedade estava oculto em um contrato típico de compra e venda:

As obrigações assumidas na assinatura do contrato, que ora se busca cindir, vão além da formalização de compra e venda de um bem: "estabeleceu obrigações típicas daqueles que compõem uma sociedade em comum", quais sejam, obrigou os celebrantes a dividir as despesas e receitas que emergissem do exercício da atividade, constituindo uma sociedade irregular¹⁷⁹.

Interessante é o estudo das *general partnerships* no direito norte-americano. Esta forma de associação é considerada a *basic partnership*, considerando que para a sua formação não é necessário registro.

A maioria das normas que regem as *general partnerships* derivam dos *uniform statutes*. A *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*

¹⁷⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Parecer: “Recuperação Judicial. Sociedade Estrangeira que Presta Garantias em Favor de Sociedade Brasileira cujo Grupo Pretendia Controlar. Inexistência de Caracterização de Sociedade em Comum, da Figura do Sócio Oculto ou do Administrador de fato. Ilegalidade da Proibição do Voto da Consulente na Assembleia de Credores Havida na Recuperação Judicial das Empresas do Grupo”. In: *Temas d Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 465

¹⁷⁸ TJRS, Apelação Cível n. 70008434268, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 22.04.2004.

¹⁷⁹ TJSC, Apelação Cível n. 008.061849-2, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 10.06.2011.

(“NCCUSL”)¹⁸⁰ promulgou em 1914 o *Uniform Partnership Act* (“UPA”), que foi adotado por todos as unidades da federação, à exceção da Louisiana. Em 1992, a NCCUSL editou uma revisão do UPA, que foi, a versão revisada, novamente alterada nos anos de 1993, 1994, 1996, e a versão final de 1997 (novamente revisada em 2013) ficou conhecida como a *Revised Uniform Partnership Act* (“RUPA”)¹⁸¹. O RUPA, hoje, é a versão adotada pela maioria dos estados americanos; contudo, o UPA não pode ser ignorado e esquecido, pois importantes estados comerciais ainda o adotam, como o Estado de Nova York¹⁸².

Conforme definição do UPA, § 6: “*a partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit*”. A definição constante do RUPA, § 202, é semelhante: “*the association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit forms a partnership, whether or not the persons intend to form a partnership*”.

Tanto o UPA¹⁸³ quanto o RUPA¹⁸⁴ contém regras que indicam que uma pessoa que recebe parte dos lucros de um negócio é, presumidamente, sócia neste negócio, salvo se os lucros foram recebidos como pagamento de dívida, salário, ou por fundamento jurídico diverso. Ponto importante no direito societário norte-americano é que os sócios não necessariamente precisam estar cientes da sua condição de sócios para assim serem considerados na formação de uma *legal partnership*.

¹⁸⁰ O propósito da Conferência é promover a uniformidade do direito entre os diversos estados que compõem a federação dos Estados Unidos da América em matérias em que a uniformidade é desejável e possível.

¹⁸¹ “Final Act” e lista de estados que adotaram a versão revisada em 1997 e alterada em 2013 disponível em: [http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Partnership+Act+\(1997\)+\(Last+Amended+2013\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Partnership+Act+(1997)+(Last+Amended+2013)). Acesso em: 23 de outubro de 2016.

¹⁸² HAMILTON, Robert W.; MACEY, Jonathan R.; MOLL, Douglas K. *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*. United States of America: West Publishing Co., 2010, p. 39.

¹⁸³ UPA, § 7 (4). The receipt by a person of a share of the profits of a business is prima facie evidence that he is a partner in the business, but no such inference shall be drawn if such profits were received in payment: (a) As a debt by installments or otherwise, (b) As wages of an employee or rent to a landlord, (c) As an annuity to a widow of a deceased partner, (d) As interest on a loan, though the amount of payment vary with the profits of the business, (e) As the consideration for the sale of the good-will of a business or other property by installments or otherwise.

¹⁸⁴ RUPA, § 202 (c). In determining whether a partnership is formed, the following rules apply: (3) A person who receives a share of the profits of a business is presumed to be a partner in the business, unless the profits were received in payment: (i) of a debt by installments or otherwise; (ii) for services as an independent contractor or of wages or other compensation to an employee; (iii) of rent; (iv) of an annuity or other retirement or health benefit to a beneficiary, representative or designee of a deceased or retired partner; (v) of interest or other charge on a loan, even if the amount of payment varies with the profits of the business, including a director or indirect present or future ownership of the collateral, or rights to income, proceeds, or increase in value derived from the collateral; or (vi) for the sale of the goodwill of a business or other property by installments or otherwise.

The conduct of the parties and the circumstances surrounding their relationship and transactions control the factual question of whether a partnership existed. (...) And although the question of intent is a crucial part of the calculus, the only necessary intent (...) is an intent to do those things which constitute a partnership¹⁸⁵.

Três aspectos merecem especial consideração ao compararmos o direito norte-americano com o brasileiro. Em primeiro lugar, quando se analisa a transferência patrimonial decorrente da distribuição dos lucros, deve-se verificar o fundamento jurídico desta transferência. Como os *uniform statutes* norte-americanos disciplinam expressamente, não será considerado participação nos resultados (elemento estruturante do contrato de sociedade), tal como no direito brasileiro, a parcela de lucro a que tem direito determinada pessoa em razão de outro fundamento jurídico, como contrato de arrendamento, salário, bônus, etc. Assim como na análise da contribuição dos sócios, deve-se analisar o fundamento jurídico da distribuição dos lucros para que se verifique se há ou não sociedade.

Em segundo lugar, em que pese os elementos estruturantes da *partnership* e das sociedades sejam distintos, o nosso ordenamento também disciplina presunções de existência de sociedade. Trataremos deste tema mais adiante ao analisarmos a prova da existência da sociedade em comum nas relações externas.

Por fim, como mencionado anteriormente, caso o contrato celebrado entre as partes contenha todos os elementos do contrato de sociedade, e a manifestação de vontade tenha sido livremente direcionada no sentido deste acordo (contribuição das partes para o exercício de atividade econômica em comum, distribuição dos resultados decorrentes desta atividade, persecução do fim comum como causa do contrato, etc), haverá contrato de sociedade, ainda que as partes não estejam cientes de seu status de sócios, tal qual no direito norte-americano¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Hilco Prop. Servs., Inc. v. United States, 929 F.Supp. 526, 536-37 (D.N.H., 1996).

¹⁸⁶ Marcelo Andrade Féres sustenta que, quando durante a constância da sociedade criada de fato, os seus membros não tem consciência da situação de sócios por eles experimentada, a sociedade há de ser compreendida com a categoria dos *quase-contrato*: fatos jurídicos lícitos que geram relações obrigacionais entre as pessoas, mesmo que não tenha havido acordo de vontades entre as partes envolvidas. (FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142). Não nos parece correto este entendimento. Como buscou-se demonstrar neste trabalho, a sociedade é invariavelmente um *contrato*, que pode decorrer da manifestação de vontade expressa ou tácita dos seus membros. Quando a declaração de vontade é tácita no sentido da celebração de contrato de sociedade, ainda que os seus sócios não saibam dos efeitos decorrentes da formação de uma sociedade despersonificada, houve um acordo de vontades entre os envolvidos e, portanto, a celebração de um

1.6. A ATIVIDADE ECONÔMICA

O último elemento estruturante a ser tratado é o “exercício da *atividade econômica*” que toda sociedade tem por escopo. Da expressão, extraem-se dois termos aos quais cabe uma análise individualizada: *atividade* e *econômica*.

Na expressão *atividade* está pressuposta a realização de um conjunto de atos, não caracterizando o exercício de uma atividade a prática de um ato isolado. Sylvio Marcondes aborda de forma clara a conceituação de *atividade* na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Obrigações, *in verbis*:

A prática dos atos negociais, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em *atividade*¹⁸⁷.

Contudo, ao estabelecer que a atividade social pode restringir-se à realização de *um ou mais negócios determinados*, não está o parágrafo único do art. 981 permitindo que o objeto social configure na prática de apenas um ato. O objeto social deve sempre descrever uma *atividade*, da qual pode resultar um negócio jurídico ou mais de um,

contrato. Não estar ciente de seu status de sócio não é sinônimo ausência de acordo de vontades, mas significa não conhecer dos efeitos decorrentes da celebração de um contrato classificado como de sociedade não registrado.

¹⁸⁷ O autor do Anteprojeto do Código Civil trata neste trecho da palavra atividade dentro do conceito de *atividade negocial*. (MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad - Editor de Livros de Direito, 1970, p. 164). “A elaboração da parte relativa ao Direito de Empresa, inserida como desdobramento da disciplina do Direito Obrigacional unificado, foi confiada ao Prof. Sylvio Marcondes, que já elaborara a parte terceira do Projeto de Código das Obrigações de 1964 dedicada aos empresários e às sociedades. Reformulando o texto anterior, deu o redator ao corpo do Código que disciplina as sociedades e o exercício da atividade profissional a denominação de *atividade negocial*, denominação essa que seria substituída, no Congresso, por *atividade empresarial* e, ao depois, por *direito de empresa*, que iria prevalecer no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e no Código sancionado. A substituição da denominação ‘atividade negocial’ e a eliminação do artigo inaugural do livro dedicado aos empresários e às sociedades tiraram do anteprojeto a sua contribuição a mais original, ou seja, a noção de *atividade negocial* – embora esse conceito se mantenha tacitamente preservado como elemento informativo fundamental, permeando os demais dispositivos do Código relativos ao direito de empresa.” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil n. 128/7*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 11-12).

devidamente determinados no contrato social, mas nunca a prática de um ato isolado¹⁸⁸. Exemplificando, uma sociedade pode ser constituída tendo por objeto uma atividade econômica consistente na construção de uma estrada (*um negócio determinado, para o qual são necessários múltiplos atos*), ou prevendo que, além da construção da estrada, a sociedade também irá administrar e explorar a rodovia construída (*mais de um negócio determinado*)¹⁸⁹.

Portanto, caso determinado contrato celebrado entre as diversas partes estabeleça a prática de um ato apenas – havendo para tanto contribuição por todas as partes para a prática deste ato, distribuição do resultado decorrente da prática deste ato entre as partes, a causa do contrato seja a persecução do lucro decorrente deste ato -, ainda assim, este contrato jamais poderá ser classificado como uma sociedade oculta, pois o fim da sociedade nunca será a prática de apenas um ato, mas sempre de uma atividade.

Por sua vez, o termo *econômica*, dentro do contexto da expressão *atividade econômica*, deve ser compreendido em sentido lato, de modo a englobar a atividade produtiva (atividade econômica em sentido estrito), a distribuição, ou a prestação de serviços. Ademais, esta atividade estende-se amplamente pelos diversos setores da economia: o *primário*, compreendendo a agricultura a pesca e a saviicultura; o *secundário*, compreendendo a indústria e a construção; e o *terciário*, abrangendo os transportes, comunicações, comércio e serviços¹⁹⁰.

O Código Civil de 2002, diferentemente das classificações feita na vigência dos diplomas anteriores, inaugurou uma distinção quanto à qualificação da atividade econômica: sociedades simples e sociedades empresárias. São sociedades empresárias as que tenham por objeto o exercício da atividade econômica própria de empresário sujeito a registro¹⁹¹⁻¹⁹², e são sociedades simples as que tenham por objeto as demais atividades econômicas¹⁹³.

¹⁸⁸ A *Sociedade de Propósito Específico* (SPE) é uma expressão, importada do direito norte-americano (*specific purpose company*) para designar qualquer dos tipos de sociedade que tenha por fim a realização de negócios determinados. Diferentemente das demais sociedades, essa extingue-se quando ultimados os negócios discriminados no contrato social. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 125-126.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ O significado mais restrito da atividade econômica é apenas o de uma ação produtiva, isto é, que utiliza bens para a criação de novos bens. (PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades. 5ª ed., rev., e atual*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 108).

¹⁹¹ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir

O que distingue, portanto, a sociedade empresária da sociedade simples é, precisamente, o seu objeto social, ressalvadas as sociedades cooperativas e as sociedades por ações que são, respectivamente, simples ou empresárias, sendo a distinção feita pela forma (pelo tipo).

O conceito e o regime jurídico, tanto da sociedade simples, como da empresária, não correspondem ao da sociedade civil e da comercial vigentes no ordenamento prévio ao Código Civil de 2002¹⁹⁴. Diversas sociedades que a doutrina e a jurisprudência reputavam civis inserem-se hoje no regime da sociedade empresária (como as que exercem atividade imobiliária e de prestação de serviços)¹⁹⁵. Destaca-se, ainda, que a sociedade simples, no regime atual, é tanto (i) a estrutura que serve de base para os demais tipos societários, como (ii) uma espécie de gênero que contrasta com as sociedades empresárias¹⁹⁶.

elemento de empresa. Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

¹⁹² BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

¹⁹³ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

¹⁹⁴ Carvalho de Mendonça esclarecia a distinção da época: “O *objecto* das operações a que se propõe a sociedade determina a sua natureza comercial ou civil. O *fim comercial* (art. 311 do Cod. Com.), o propósito de comerciar (art. 315), o intuito de *negociações ou operações commerciaes* (arts. 317 e 325), eis o critério que assignala a *comercialidade* das sociedades. (CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 51).

¹⁹⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

¹⁹⁶ Alfredo de Assis Gonçalves Neto critica a distinção entre a sociedade empresária e a sociedade simples. A diferenciação relativa ao sistema de registros (a primeira se submete às Juntas Comerciais, as segundas aos Offícios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas) é irrelevante, não havendo necessidade de tratamento diferenciado. Há, ainda, a dificuldade trazida pelo critério adotado para classificar a sociedade simples: como sociedade-base, as normas da sociedade simples são aplicáveis às sociedades em geral, exceto no que se refere às regras que lhe são peculiares; por sua vez, as normas do regime peculiar das sociedades empresárias são aplicáveis às sociedades simples. Em que pesa a distinção implique em regras peculiares para efeito de determinação do regime de insolvência, “o Código Civil de 2002 não veio a lume para dispor a respeito do regime de insolvência em matéria societária”. Ademais, o regime de jurídico adequado para solucionar a insolvência de alguém deve ser determinado pela análise da natureza da atividade exercida e não pela espécie de sociedade que a exerce (as normas sobre falência e recuperação de empresas não seriam adequadas para reger a insolvência daquele que exerce atividade intelectual, mas o mesmo raciocínio não funciona quando se trata de um empresário rural ou de uma sociedade rural não inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis, ou de uma cooperativa). (GONÇALVES NETO, *Op. Cit.*, p. 127-128). Rubens Requião compartilha da mesma indignação com o codificador: “Não nos parece esse o melhor sistema, subvertendo totalmente a tradição do Direito brasileiro, que muito bem atendeu, até hoje, às necessidades jurídicas e técnicas no campo das sociedades.

Uma leitura apressada do art. 982 levaria a crer que há um objeto bem delimitado da sociedade empresária, consistente na atividade própria de empresário, e que o da simples é definido por exclusão, abrangendo toda e qualquer outra atividade que não se enquadre no conceito de atividade empresária. Interpretação equivocada. Residual é o objeto da sociedade empresária: para saber se uma sociedade é empresária ou não, é preciso verificar se a atividade econômica a que se propõe não está excluída do conceito de empresário, ou seja, tenha por objeto atividade que não se inclua na profissão intelectual ou agrícola¹⁹⁷.

A classificação da sociedade define-se unicamente pela sua atividade econômica. Toda sociedade que tiver por objeto o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, que não envolva profissão intelectual ou exploração rural será sociedade empresária. Os fatores *organização, quantidade e intensidade* do exercício são irrelevantes para tal classificação: o objeto da sociedade é definido antes de ela começar a atuar e, neste momento, não se tem como aferir como será desenvolvida, durante toda a vida da sociedade, a atividade que orientou a sua formação¹⁹⁸.

Esta posição não é unânime. Parte da doutrina comercialista sustenta que a diferenciação está “no modo de a sociedade exercer a atividade econômica para qual foi constituída”¹⁹⁹. Parece-nos equivocado o critério de distinção: fosse a forma de organização dos negócios o critério para a identificação de uma sociedade, admitir-se-ia que uma sociedade simples, em um determinado momento, seria obrigada a migrar de um regime para outro pela simples expansão dos seus negócios, o que levaria à absoluta insegurança jurídica²⁰⁰. Logo, por maior que seja a sua organização e por mais intensa que seja a sua produção, a sociedade que tenha por objeto atividade intelectual será

Pelo sistema adotado, a todo o instante a doutrina e a jurisprudência seriam chamadas a opinar e decidir sobre quais os princípios das sociedades simples que lhe são específicos e quais os gerais, para serem aplicados aos outros tipos de sociedade” (REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil. Apreciação Crítica sobre o Livro II (Da Atividade Negocial). *Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 1, 2010, p. 693-716).

¹⁹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 129.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

²⁰⁰ GONÇALVES NETO, *Op. Cit.*, 2010, p. 129. No mesmo sentido entende Erasmo Valladão: “Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Parecer: Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização. *Revista de Direito Mercantil n. 157/241*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

sempre sociedade simples, à exceção da sociedade em que a atividade intelectual seja apenas um elemento (parte integrante) da atividade empresária que, neste caso, absorve-a (art. 966, parágrafo único, parte final: “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”).

Assim, a sociedade em comum (e a sociedade oculta) que tiver por objeto atividade própria de empresário sujeito a registro será considerada empresária, se não tiver, será considerada sociedade simples²⁰¹. Esta distinção, contudo, é relevante apenas na hipótese de crise econômica da sociedade oculta, que a sujeitaria, ou não, ao regime falimentar da Lei 11.101/2005.

²⁰¹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 139.

2. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO E SIMULADO

A *sociedade oculta* é o resultado eficaz da celebração entre duas ou mais pessoas de determinado negócio jurídico não societário – normalmente revestido como modalidade de financiamento ou garantia – que não cumpre com a finalidade típica deste negócio-meio, mas sim a de obtenção de lucro mediante o exercício de atividade econômica possibilitada pela contribuição das partes. Evidencia-se, portanto, no negócio jurídico celebrado, apesar da forma que lhe reveste, os elementos estruturantes do contrato de sociedade, quais sejam: a reunião de partes, a celebração de um contrato, o exercício de atividade econômica, a contribuição das partes e a distribuição dos resultados.

Apesar da aparente contradição lógica, ainda que presentes os elementos nucleares do contrato de sociedade em sua totalidade, a presença desses elementos estruturantes não resultará, necessariamente, em contrato de sociedade. Caso a *função* do contrato também seja, até certo ponto, societária, mas este preserve legitimamente a *estrutura* do negócio típico de que lançaram mão os contratantes, o objeto do contrato não estará sujeito à *extraversão* e não será requalificado como contrato social de *sociedade oculta*.

O primeiro capítulo deste trabalho tratou dos elementos nucleares do contrato social: se estes não estiverem presentes, não se poderá cogitar a existência de sociedade. No presente capítulo trataremos do *negócio jurídico* celebrado, em análise que, ao mesmo tempo, precede e sucede o exame anteriormente realizado: do negócio jurídico firmado entre as partes resultou o contrato em que se busca identificar os elementos do contrato de sociedade; identificada a *função da sociedade*²⁰², deve-se analisar se esta é o fim econômico e jurídico indireto ou o motivo determinante e dissimulado do negócio.

Não se pretende aqui, de nenhuma forma, esgotar o estudo da matéria do negócio jurídico. A limitação que o trabalho nos impõe é a seguinte análise: diante de negócio jurídico que, embora estruturado como negócio típico distinto do contrato de sociedade, apresente, *prima facie*, os elementos do contrato de sociedade, trata-se ou não de *sociedade oculta*?

Partiremos da hipótese que os negócios jurídicos que nos colocam diante da pergunta acima poderão ser categorizados em três modalidades: os negócios jurídicos

²⁰² Aqui tratada como a contribuição com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e a distribuição dos resultados decorrentes.

similares ao contrato de sociedade, os negócios jurídicos indiretos e os negócios simulados.

A primeira modalidade de negócio jurídico seria aquele que, apesar de possuir elementos similares aos dos contratos de sociedade, a função que desempenha não ultrapassa o limite da função prevista por seu tipo. Apesar das eventuais similaridades, essas decorrem da intersecção entre os elementos do objeto do contrato de sociedade e do contrato típico eleito e pretendido pelas partes. Não se poderia falar em fins indiretos, e muito menos em simulação, pois o objeto do negócio celebrado corresponde estritamente ao motivo determinante dos contratantes.

A segunda modalidade - o negócio jurídico indireto – é configurado quando as partes recorrem a um negócio determinado visando a alcançar através dele, consciente ou consensualmente, finalidades diversas (mas compatíveis) das que, em princípio, lhe são típicas²⁰³. As partes, ao celebrarem o contrato, almejam não somente alcançar as finalidades do negócio típico celebrado, mas também (e o aspecto adicional, de ulterioridade, é relevante para a compreensão), finalidade lucrativa decorrente do exercício de atividade econômica.

Por fim, no negócio jurídico simulado, o autor de uma declaração com destinatário determinado, de combinação com este, estabelecem um regulamento diverso daquele que pretendem observar nas suas relações, procurando atingir, através do negócio, um escopo (dissimulado) divergente de sua causa típica²⁰⁴. Há, portanto, uma incompatibilidade entre a causa típica do negócio (ostensiva) e a intenção prática concretamente procurada (oculta). Esta é a hipótese de existência da *societate oculta*: o negócio dissimulado é o contrato de sociedade.

2.1. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO

O direito evolui lenta e continuamente; os novos institutos não surgem de maneira repentina, mas são ramificações do “tronco de velhos institutos” que continuamente se renovam, adaptando-se às novas funções exigidas por novos tempos. Ascarelli cunhou este fenômeno de *inércia jurídica*²⁰⁵.

²⁰³ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 156.

²⁰⁴ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 281.

²⁰⁵ ASCARELLI, Tullio. *Op. Cit.*, 1999, p. 153-154.

In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. (...) The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past²⁰⁶.

Em qualquer sistema jurídico, podem-se distinguir elementos de caráter consuetudinário, que tem sua origem no passado, e elementos que visam a modificar uma situação preexistente. A *inércia jurídica* prende-se ao intuito de conciliar as novas exigências da vida prática – e também as exigências de renovação e racionalização – com a certeza e a segurança da disciplina jurídica²⁰⁷.

Nesse processo de adaptação, os *velhos institutos* oferecem à nova matéria, ainda em ebulição e carente de disciplina particular, o conhecido e seguro arcabouço de que dispõem. A “nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema”, ao passo que as velhas formas e estruturas vão paulatinamente sendo abandonadas²⁰⁸. O *novo instituto* surge como o Quasímodo, contrariando a estrutura e a estética do sistema, aparentemente sem lugar adequado no ordenamento, mas oferecendo a vantagem da conciliação entre o progresso e a conservação.

O *negócio jurídico indireto* seria o instrumento do preenchimento desse descompasso entre o direito e a vida, um dado complexo da prática negocial, um dentre os vários aproveitamentos da lei positiva, quando se encontram (as partes e a lei) face a face com situações de emergência, arbitrárias e incertas na sua heterogeneidade²⁰⁹. Waldemar Ferreira, ao tratar da estrutura do negócio fiduciário, em lição inteiramente aplicável ao negócio indireto advertiu que esse “responde fundamentalmente ao desejo

²⁰⁶ HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. The Project Gutenberg EBook, 2013. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Tradução livre: Para se compreender o que se é, precisa-se compreender o que se foi, e o que se tenderá a ser. (...) A essência do direito em qualquer época corresponde aproximadamente ao que é concebido como conveniente; mas a sua forma e a sua mecânica, e o grau em que permite obter os resultados desejados, depende muito de seu passado.

²⁰⁷ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 154-155.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Suplemento X*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952, p. 3.

de dar ao Direito Privado nacional a flexibilidade necessária para que se permita alcançar fins de impossível ou difícil realização dentro dos esquemas tradicionais²¹⁰”.

Fala-se de negócio indireto quando as partes recorrem a um negócio típico como meio para obterem um resultado ulterior que não é próprio do negócio adotado, mas sim de um outro negócio típico, ou ainda, um escopo sem forma típica no sistema jurídico²¹¹. Assim, para que certa formação negocial seja considerada um negócio jurídico indireto (ou negócio jurídico de escopo indireto) importa que se analise os seus dois elementos essenciais: o *negócio típico adotado* e o *fim prático indireto visado*²¹².

O negócio adotado terá de ser típico e manter a tipicidade em confronto ao fim indireto a que se propõe²¹³. A escolha desse negócio nominado para a consecução de finalidades indiretas não é feita por acaso, mas deliberadamente pelas partes que o consideram apto a exercer a função de meio para atingirem o fim último: a vontade dos contratantes não é de se sujeitarem somente à forma, mas também à disciplina do negócio adotado²¹⁴.

2.1.1. Desenvolvimento Histórico

O fato de o negócio jurídico indireto não estar disciplinado na lei não deve induzir ao pensamento de que se trata de fenômeno recente, suscetível às ambivalências ou incertezas da modernidade²¹⁵. O direito antigo, pelo contrário, é particularmente rico

²¹⁰ “Fazendo apreciação desse livro em Jurisprudência Argentina, de Buenos Aires, ano XX, de 31 de outubro de 1957, n. 6.912, o Professor Héctor Cámara, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Córdoba, assim se manifestou sobre o estudo acima transcrito: “Un insigne jurisconsulto, el Dr. Waldemar R Martins Ferreira, trata o trust anglo americano e o fideicomiso latino americano, tema que contemporaneamente ha ocupado la atención de la doctrina de nuestro continente, “lo que en parte tiene sus raíces en el aumento creciente de las relaciones entre dichos países y los Estados Unidos de Norte América, respondiendo fundamentalmente al deseo de dar al derecho privado nacional la flexibilidad necesaria para que permita alcanzar fines de imposible o difícil realización dentro de los esquemas tradicionales”. (FERREIRA, Waldemar. O “trust” anglo-americano e o “fideicomiso” latino-americano. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP* LI/182, Nota de Rodapé inicial.)

²¹¹ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 156.

²¹² CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Suplemento X*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952, p. 13

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ ASCARELLI, *Op. Cit.*, 1999, p. 156.

²¹⁵ Judith Martins Costa faz referência semelhante quando trata dos negócios fiduciários. O contraste entre o velho e o novo como construção do instituto é válido tanto para o negócio indireto quanto para o fiduciário. (MARTINS COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 657/1990, DTR\1990\137, p. 37 - 50.)

de exemplos e também o são os estudos de história do direito que mais acuradamente estudaram o fenômeno²¹⁶.

No direito romano primitivo, temos os exemplos dos “negócios indiretos inventados” para se transpor a regra de intransmissibilidade da obrigação por atos *inter vivos*, ativa ou passivamente, em virtude do caráter estritamente pessoal da relação jurídica entre devedor e credor. Com a Lei *Poetelia Papiria* (326 a.C), o devedor deixou de responder pelo débito com seu próprio corpo, passando a fazê-lo exclusivamente com seu patrimônio; ainda assim, o direito romano, em todas as suas fase de evolução, conservou teoricamente o princípio da intransmissibilidade do crédito e do débito. Na prática, contudo, alcançaram-se, economicamente, os resultados da transmissão da obrigação por meios indiretos: *novatio* (novação), a *procuratio* (ou *cognitio*) *in rem suam* (procuração em causa própria) e a concessão de *actiones utiles* (ações úteis)²¹⁷.

Pela *novatio* ocorre indiretamente a cessão de crédito, quando a obrigação primitiva se extingue, e, em lugar dela, surge outra, porém entre o antigo devedor e um novo credor. Não há, conseqüentemente, transmissão de obrigação, mas atinge-se economicamente o mesmo resultado a que se chega com a efetiva cessão de crédito²¹⁸.

Diante dos inconvenientes encontrados na *novatio*²¹⁹, aventou-se a *procuratio* (ou *cognitio*) *in rem suam*. No processo formulário romano, o autor e o réu podiam ser representados por um *cognitor* ou por um *procurator*; nestes casos, o pretor inseria, na *intentio* da fórmula, o nome do autor ou do réu, mas, na, *condennatio*, colocava o de seu representante (*cognitor* ou *procurator*). Por meio da *procuratio* (ou *cognitio*) *in rem suam*, o credor nomeava a pessoa, a quem queria ceder o crédito, seu *cognitor* ou *procurator*, a fim de que esta cobrasse judicialmente do devedor a dívida, e a eximia, desde logo, da obrigação de prestar-lhe contas do desempenho do mandato, atingindo-se, assim, indiretamente, a cessão do crédito²²⁰.

²¹⁶ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 157.

²¹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 436.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ A *novatio*, como meio indireto de transferir créditos, apresentava inconvenientes: a) para que ocorresse, havia necessidade de que o devedor consentisse; b) o crédito do novo credor não conservava sempre as mesmas características do crédito antigo; c) as garantias do crédito primitivo se extinguíam com a *novatio*; d) o devedor não podia opor contra o novo credor os meios de defesa de que dispunha contra o anterior. (MOREIRA ALVES, *Op. Cit.*, 2012 p. 436-437).

²²⁰ A *procuratio* (ou *cognitio*) *in rem suam* também possuía inconvenientes: a) o mandato podia ser revogado pelo mandante ou extinguir-se com sua morte; b) a *procuratio* só atribuía direito autônomo ao *procurator* ou *cognitor* com *litis contestatio*, exigindo-se, portanto, ao contrário do que se verificava na *novatio*, a presença do magistrado (MOREIRA ALVES, *Op. Cit.*, 2012, p. 438)

O processo evolutivo dos meios indiretos da cessão de crédito resultou no *sistema das ações úteis*. Por esse sistema, quem quer que, por meio de convenção com o credor, se tornasse cessionário de um crédito podia cobrá-lo judicialmente com a mesma ação de que dispunha o credor, mas estendida a ele, cessionário *utilitatis causa* (ação útil)²²¹.

Vastos também são os exemplos do direito germânico, tais como a venda como instrumento para o matrimônio e a adoção; e a cessão do direito como instrumento para a representação - cessão essa que constitui quase o inverso da procuração processual romana como instrumento para a transferência do crédito²²². Outro exemplo interessante e conhecido era a prática da libertação de escravos através da *venda à divindade*²²³.

Os negócios jurídicos indiretos, não são, por óbvio, produtos exclusivos do direito antigo; é inegável, contudo, que o fenômeno é mais raro nos sistemas modernos. Essa diferença deriva não somente do formalismo negocial e dos princípios da tipicidade dos negócios que predominavam no direito antigo, em que os modelos expressamente previstos na legislação eram impostos às partes, que recorriam às formas preestabelecidas para alcançarem escopos práticos não previstos pelo legislador. A maior elasticidade dos sistemas jurídicos modernos, dominados pelos princípios de liberdade de forma e da autonomia da vontade, limitam as hipóteses de necessidade de fuga a meios indiretos para que se alcance os fins pretendidos²²⁴⁻²²⁵.

Sob a ótica do negócio jurídico indireto como fenômeno moderno, Bruno Salama analisou as operações de *blue chip swap* e as operações de *T-Bills*. Essas operações tem por objetivo permitir disponibilização de liquidez em moeda estrangeira no exterior para uma parte brasileira ou de liquidez no Brasil a partes estrangeiras (finalidade cambial) através de contratos de compra e venda: uma parte brasileira, por exemplo, que precisa de moeda estrangeira nos Estados Unidos, em vez de celebrar um contrato de câmbio, compra de outra parte brasileira um ativo financeiro de alta liquidez

²²¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 438-439.

²²² ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 158.

²²³ *Idem*, p. 162.

²²⁴ *Idem*, p. 190.

²²⁵ Determinados autores questionam, senão a própria existência prática da figura do negócio jurídico indireto, pelo menos a sua autonomia dogmática, salvo hipóteses de fraude. Assim, Dominidó: “do negócio jurídico indireto não pode falar-se com grande utilidade nos ordenamentos modernos aformalísticos, em que não há necessidade de utilizar indiretamente determinadas formas, posto que todo intento econômico pode cristalizar-se em qualquer forma jurídica”. (ASCARELLI, Tullio, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Studi per Vivante, I, Roma, 1931, *apud* MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 6 | p. 1261 - 1278 | Jun / 2011 DTR\2012\1205).

detido no país norte-americano – ações de empresa de primeira linha negociadas na bolsa de valores de Nova Iorque (*blue chip stocks*) ou um título de renda fixa (*T-Bill* do governo dos Estados Unidos) – e realiza o pagamento no Brasil, em reais. O ativo adquirido no exterior pode ser facilmente vendido e a parte brasileira, assim, obtém a moeda que desejava²²⁶.

Como as operações individuais que perfazem um negócio de *blue chip swap* ou *T-Bill* efetivamente ocorrem, ou seja, cada compra e venda e cada pagamento de fato existe, não há propriamente uma simulação, mas um negócio jurídico indireto: é a disciplina própria de cada compra e venda que permite às partes atingirem o fim atípico e indiretamente objetivado²²⁷. O autor conclui que o negócio jurídico indireto é o *vetor básico da evolução das finanças no mundo* – e como exemplo do fenômeno, aponta os descontos de letras de câmbio utilizados para formalizar operações de empréstimos, a combinação de contratos de derivativos para transformar investimentos de renda fixa em renda variável, os aluguéis de ações como lastro para operações de captação, e assim por diante²²⁸.

Os negócio indiretos, sob a pressão das exigências práticas, por obra da jurisprudência e da doutrina, vão sendo, aos poucos, reconhecidos e transformados, admitindo-se, às vezes, a licitude deles, até quando anteriormente negada, e adquirindo disciplina própria e autônoma. Esses poderiam ser chamados de *invenções jurídicas*: soluções novas de determinados problemas utilizando princípios jurídicos já conhecidos²²⁹.

2.1.2. Estrutura e Disciplina Jurídica do Negócio Jurídico Indireto

O negócio jurídico indireto vale-se de uma estrutura predeterminada pelo ordenamento (*objeto típico*) que é adotada pelas partes para desempenhar uma função ulterior desejada por elas (*determinação causal/funcionalidade*). As partes aproveitam um tipo de negócio para conseguir um fim diverso daquele que a sua causa típica tem

²²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. Vigência, Punibilidade e Licitude: três questões sobre as operações blue chip swaps e o Dec. 23.258/1933. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 64/2014, p. 197 - 209, 2014, DTR\2014\5054

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 189.

em vista, necessidade que provém da falta de tipos mais adaptados à disposição da autonomia privada²³⁰.

Orlando Gomes, em distinção inicial entre a *estrutura* e a *função* do negócio jurídico, ensina que “a configuração formal dos elementos de fato que se apresentam numa situação concreta indica a sua *qualificação*, permitindo enquadrá-la no sistema de normas que disciplinam situações da mesma natureza²³¹.” Por sua vez, “a *função* implica a consideração da estrutura no plano da eficácia, a sua apreciação na perspectiva dos resultados perseguidos pelas partes em confronto com as regras do sistema legal²³²”.

Os *negócios causais* caracterizam-se por ter elemento categorial inderrogável objetivo. Assim, no conteúdo dos negócios jurídicos, “há caracteres que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um *tipo* de negócio”²³³. Ao celebrarem negócio jurídico indireto os contraentes valem-se desse tipo de negócio para atingirem resultado prático diverso do que o ordenamento tipicamente reconhece, mas com este compatível.

No negócio indireto, da mesma forma que no negócio fiduciário, a discrepância da função típica do negócio assume o caráter de uma simples incongruência entre escopos que, embora diversos, são perfeitamente compatíveis entre eles²³⁴.

Não deve-se confundir *negócio causal* e *contrato nominado*: o antônimo dos *negócios causais* são os *negócios abstratos*²³⁵. Os *contratos inominados* também tem

²³⁰ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 169.

²³¹ GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 66.

²³² *Ibidem*.

²³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145.

²³⁴ BETTI, *Op. Cit.*, 2003, p. 169

²³⁵ Antônio Junqueira de Azevedo diferencia os negócios *causais* dos *abstratos* conforme o elemento categorial inderrogável de um e de outro: “nos *negócios abstratos*, o elemento categorial inderrogável é formal, enquanto nos *negócios causais*, o elemento categorial inderrogável é objetivo.” O negócio abstrato seria aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa; ele se caracteriza pela forma, e não pelo conteúdo, tem *forma típica*. No direito brasileiro não há negócios *absolutamente abstratos*, mas somente os *relativamente abstratos*, ou seja, a falta de causa sempre terá relevância entre as partes. No conteúdo dos negócios causais, por sua vez, “há caracteres que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um *tipo* de negócio”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140-145).

tipo (causa típica)²³⁶, pois estão submetidos às regras dos contratos em geral, ainda que se admita para eles uma maleabilidade maior. O exercício da autonomia da vontade permite às partes celebrarem *contratos inominados*, não tipificados pelo ordenamento, mas veda que estas criem *negócios abstratos*: esta permissão evitaria a submissão do negócio às normas cogentes dos contratos causais, que protegem as partes que se fiaram na existência da causa na hora de celebrarem o contrato²³⁷.

A causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a referência, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo faz parte do negócio, e a causa, não. O elemento categorial objetivo consiste numa referência à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio; ela é extrínseca à sua constituição)²³⁸.

A distinção entre o *objeto típico* e a *determinação causal* implica na seguinte importante consequência: é o elemento categorial típico, e não a causa que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece²³⁹. A *funcionalidade* pode ser entendida tanto como avaliação de uma estrutura em movimento na perseguição de certo resultado, como também pela concreta idoneidade do meio (apreciado de fora para se verificar se esse resultado pode ser efetivamente alcançado), mas não como delimitadora do regime jurídico²⁴⁰.

²³⁶ Emílio Betti refere que a compreensão da *tipicidade* do negócio hoje não é a mesma tipicidade do direito romano clássico. “No significado mais antigo, que remonta ao direito romano clássico, as causas do negócio são típicas no sentido de que são *especificamente denominadas e taxativamente disciplinadas* no direito objetivo. No significado mais recente, ao qual o direito justinianeu serve de ponte, e que encontra desenvolvimento adequado no direito comum e no ambiente social moderno, as causas do negócio são típicas no sentido de que, embora não sejam taxativamente indicadas pela lei, devem, porém, em princípio, ser admitidas pela consciência social como correspondentes a uma exigência legítima, a um interesse durável ou necessário, e, como tais, ser consideradas dignas de tutela jurídica”. (BETTI, Emilio. *Causa del negozio giuridico*, In *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, TET, s.d., v. 3, p. 38 *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145-146).

²³⁷ AZEVEDO, *Op. Cit.*, 2002, p. 146-147.

²³⁸ O autor refere-se à causa como *causa-função*. (AZEVEDO, *Op. Cit.*, p. 149-150).

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 67.

A *causa*, portanto, não age no plano da *existência*, mas é extremamente importante para a sua *validade* (causa pressuposta) e *eficácia* (causa final)²⁴¹. Essas investigam mais a nu a estrutura, atendendo ao problema da *qualificação*, que consiste em saber “se o instrumento de que se serviram as partes pode conduzir aos resultados projetados”, tanto no aspecto estrutural (existência e validade do negócio) quer no aspecto funcional (plano da eficácia)²⁴².

Normalmente, existe perfeita correspondência entre o *objeto/estrutura do negócio* e a sua *função/causa*. Antônio Junqueira de Azevedo usa o exemplo da compra e venda: esta caracteriza-se pelo consenso em trocar uma coisa por certo preço, e em princípio, não há necessidade de distinção entre elemento categorial e a causa (função prático-social ou função econômico-social do negócio), pois haverá total equivalência entre ambos. Todavia, nada impede que se use a compra e venda, não mais com a finalidade de circulação de bens, mas com função diversa, como, por exemplo, na retrovenda com escopo de garantia²⁴³.

Essas são as hipóteses de negócio jurídico indireto. Se o regime jurídico do negócio fosse fixado pela função, e não pelo objeto, a retrovenda com escopo de garantia não mais se submeteria ao regime dos contratos de compra e venda, mas sim ao regime dos contratos de garantia. Não é o caso: o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser a compra e venda²⁴⁴.

Consequentemente, conclusão relevante que se extrai é que o negócio jurídico indireto submete-se sempre ao regime jurídico do *objeto*, do negócio meio eleito pelas partes, e nunca ao regime da *causa* do negócio.

2.1.3. Negócio Único ou Pluralidade de Negócios

O problema do negócio jurídico indireto apresenta-se de modo diferente conforme se entenda o negócio indireto como a união de dois negócios – economicamente conexos, mas juridicamente distintos - ou um só. Nos casos de transmissão de propriedade com fins de garantia – alienação fiduciária e retrovenda – a

²⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152.

²⁴² GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 67.

²⁴³ AZEVEDO, *Op. Cit.*, p. 150.

²⁴⁴ *Ibidem*.

distinção entre um negócio único ou dois negócios distintos é relevante diante da diversa disciplina dos dois negócios distinguidos²⁴⁵.

Ascarelli sustenta que, para que se possa analisar a existência de um ou mais de um negócios conexos, é necessária, antes de mais nada, atentar-se à unicidade ou não da fonte, que se averigua pela unicidade ou pluralidade das manifestações de vontade de que resulta o negócio instrumental²⁴⁶.

O próprio autor reconhece, todavia, que a solução apresentada não resolve o problema, porque não se pode excluir que, embora *uno acto*, as partes tenham concluído mais de um negócio. Na impossibilidade de reconhecer critérios formais quanto à distinção, o elemento decisivo é a conexão dos vários fins objetivados pela vontade das partes: quando os intentos econômicos das partes estão estreitamente ligadas entre si, há um negócio único²⁴⁷.

Nota-se que o critério distintivo para a verificação do número de negócios celebrados remete novamente ao aspecto da *causa*. No âmbito dos negócios indiretos podemos, portanto, encontrar negócios únicos e pluralidade de negócios (*contratos mistos*), conforme haja apenas uma causa ou uma pluralidade de causas, respectivamente, na relação negocial. A primeira possibilidade é a de maior interesse para este trabalho, pois é aquela em que se pode falar de “negócio indireto, em sentido rigoroso”²⁴⁸.

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda ressalta que, havendo dúvida sobre a unidade ou pluralidade de negócios, deve o intérprete sempre adotar a primeira opção²⁴⁹.

Podemos encontrar contratos “nominados” em que, cláusulas acessórias e, muitas vezes, veremos até circunstâncias de fato,

²⁴⁵ “Transplantada a teoria da duplicidade para os sistemas causalistas, notadamente os que atribuíam eficácia real aos contratos translativos, revelaram-se tamanhas as dificuldades, que alguns escritores declararam inviável o negócio fiduciário, recusando-lhe transcendência jurídica” (GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 68). “Se aceita a existência de dois negócios, dever-se-ia, por consequência, concluir pela abstração da causa, de maneira que os negócios fiduciários só seriam possíveis em sistemas onde os atos de transferência do domínio fossem abstratos” (MARTINS COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 657/1990, DTR\1990\137, p. 37 - 50).

²⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 164.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 6 | p. 1261 - 1278 | Jun / 2011 DTR\2012\1205

permitem às partes conseguir o intento indireto visado, e, ao contrário, contratos em que, para esse fim, concorrem obrigações diversas daquelas que, tipicamente, decorreriam do negócio adotado. Mas, mesmo nesta última hipótese – cumpre notá-lo, a fim de que se perceba a distinção entre negócios indiretos e contratos mistos -, a causa do negócio indireto é sempre individuada *per relationem* à do negócio direto; a concorrência de outras intenções empíricas não é o bastante para romper o nexo do negócio indireto e aproximá-lo de um contrato misto²⁵⁰.

O objeto do contrato deve ser considerado sempre como subsistente, ainda que, no pensamento das partes, não tenha senão uma importância econômica secundária e quando a intenção das partes seja dominada pela consecução do escopo ulterior. Falando-se em negócio jurídico indireto, não se pretende delimitar uma categoria formal e autônoma de negócio jurídico; pretende-se, ao contrário, indicar a função especial preenchida por um negócio jurídico no caso concreto, que conserva, em princípio, inalterada a sua natureza.

2.1.4. Negócio Jurídico Indireto e Fraude à Lei

Para que o negócio jurídico indireto seja lícito, não basta a licitude do objeto, mas também dos motivos determinantes e dos fins ulteriores visados pelas partes. O objetivo último é, portanto, relevante juridicamente, porquanto são nulos os negócios celebrados em que a causa (em sentido subjetivo) seja ilícita²⁵¹. O problema da *causa ilícita* ganha relevo justamente nos negócios, como o negócio jurídico indireto, em que o objeto é lícito, mas a motivação determinante é ilícita²⁵².

Além dos *contratos ilícitos*²⁵³ por atentarem diretamente contra a lei ou os princípios básicos da ordem jurídica, há outros que, embora

²⁵⁰ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 171

²⁵¹ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

²⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107-108.

²⁵³ Sob a denominação de *contratos ilícitos*, a doutrina compreende os contratos estipulados com violação das leis imperativas (*contrato ilegal*), os contratos atentatórios à ordem pública (*contrato proibido*), e o contrato que contraria os bons costumes (*contrato imoral*). (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed.,

estipulados na conformidade dos preceitos legais específicos, visam a fins proibidos pela lei. O meio é lícito; ilícito é o fim. Chamam-se *contratos fraudulentos*. No fundo, a *fraude à lei* importa sua violação, que, todavia, não é frontal. Mas para a caracterização do *contrato ilícito*, é irrelevante que a transgressão seja direta ou indireta²⁵⁴.

Como regra geral, os motivos, mesmo os determinantes, são irrelevantes para o direito, podendo-se falar em *princípio geral da irrelevância dos motivos*. Contudo, dentre as exceções ao referido princípio destaca-se justamente a do motivo determinante ilícito²⁵⁵. A diferença que se costuma estabelecer na doutrina francesa entre a causa e o motivo é “em relação à proximidade e ao conhecimento das partes, já que também os motivos são um fim, apenas que mais distanciados e particulares a cada um dos contratantes. O motivo não seria a causa final, e sim, a causa impulsiva”²⁵⁶.

Antônio Junqueira de Azevedo identificou na família romano-germânica dois tipos de legislação a respeito da causa ilícita (motivo determinante contrário à lei e imoral): (i) aquelas na qual toda causa ilícita influi sobre a validade do negócio, ainda que essa causa seja o único caráter ilícito do negócio; (ii) aquelas na qual a causa ilícita somente influi sobre a validade quando somada a outros caracteres. O autor sustenta, ao que parece sob a ótica do Código Civil de 1916, que o sistema legal brasileiro enquadrar-se-ia entre aqueles referidos no item (ii), diante da inexistência de norma genérica sobre nulidade por causa ilícita²⁵⁷. Todavia, parece-nos que, diante do art. 166, III do Código Civil de 2002, o sistema brasileiro teria incorporado norma genérica sobre a ilicitude da causa e migrado de sistema classificatório.

atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 182-183).

²⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 183.

²⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.

²⁵⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 67.

²⁵⁷ Ainda que a edição em análise seja atualizada de acordo com o novo Código Civil, a atualização, ao que parece, foi relapsa no que tange à causa ilícita: “O sistema legal brasileiro, em que há sanção de invalidade para alguns casos de motivos determinantes ilícitos (simulação, fraude contra credores), mas em que não há nenhuma norma genérica sobre nulidade por causa ilícita, enquadra-se entre os sistemas da letra “b”. Segue-se daí que, perante a lei brasileira, os negócios jurídicos, em que exclusivamente a motivação dominante é ilícita e que não se subsumem a regras especiais, são válidos”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106-107).

Duas concepções tentam definir a *fraude à lei*, uma *objetiva* e a outra *subjetiva*. Para a primeira, verifica-se a fraude quando o resultado que se busca através de um contrato é contrário às normas imperativas. Pela segunda, é necessário que as partes tenham o intento de alcançar este resultado. A doutrina propõe solução eclética: a fraude há de resultar de *conluio fraudulento* (elemento subjetivo), mas não se dispensa o elemento objetivo, representado pelo resultado obtido, e necessário a completar a ilicitude do fim. “A despeito da importância do elemento subjetivo, sustenta-se que a intenção de fraudar a lei não precisa ser a razão determinante do contrato, podendo ser concorrente, em suma, com outro elemento”²⁵⁸.

Contrato fraudulento é somente aquele em que o resultado ilícito se atinge *indiretamente*, decorrente de negócio jurídico indireto. O contrato celebrado para a obtenção de fim proibido, que se quer elidir *diretamente*, pertence à categoria dos *contratos ilegais*²⁵⁹.

2.1.5. Negócio Jurídico Indireto e Negócio Fiduciário

Judith Martins-Costa, acolhendo observação de Giovanni Criscuoli, destaca que, “na teoria dos negócios fiduciários, *tudo é discutível*, sua admissibilidade e sua estrutura, as suas relações com os negócios indiretos e os simulados”, razão pela qual assiste razão a quem alude à *desordem conceitual* que impera nesta matéria²⁶⁰.

Não há consenso na doutrina se os negócios fiduciários são uma subespécie dos negócios indiretos e, portanto, integrantes da sua categoria, ou figuras distintas, que devem ser classificadas e compreendidas paralelamente. A distinção, apesar de conceitual, é importante para que se esclareça a possibilidade de aplicação da disciplina jurídica do negócio indireto ao negócio fiduciário, e mais importante, diante da maior produção doutrinária e jurisprudencial acerca do instituto, a aplicação do regime dos negócios fiduciários aos negócios indiretos.

Tullio Ascarelli sustenta que o negócio fiduciário constitui um negócio indireto, diante de, em ambas situações, o fim visado pelas partes não corresponder ao fim típico

²⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 188-189.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ MARTINS COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 657/1990, DTR\1990\137.

do negócio adotado²⁶¹. Moreira Alves filia-se também à teoria integradora, classificando os *negócios jurídicos indiretos em sentido amplo* em três subespécies: os *negócios fiduciários*, os *negócios jurídicos indiretos em sentido estrito* e os *negócios com pessoa interposta*²⁶². Desta forma, as distinções entre os institutos seriam entre o *negócio fiduciário* e o *negócio jurídico indireto em sentido estrito*, e as características comuns decorrem da classificação dos institutos na categoria abrangente dos *negócios jurídicos indiretos em sentido amplo*.

Por sua vez, a doutrina que não conduz o negócio fiduciário à categoria dos negócios indiretos, justifica a contraposição pela abstração daqueles perante o aspecto causal destes²⁶³. Para estes, o negócio jurídico indireto, como tratado anteriormente, seria um negócio causal, enquanto o negócio fiduciário seria um negócio abstrato (ou seja, faltaria uma função típica que o negócio deva cumprir), o que tornaria impossível falar em uma função indireta que o negócio cumpra²⁶⁴.

Não prospera no direito brasileiro o argumento da abstração do negócio jurídico fiduciário. A relação resulta da interferência de um ato de disposição, em si mesmo abstrato, e de um negócio obrigatório causal, que, por sua vez, estabelece a causa justificativa para o primeiro²⁶⁵. O negócio jurídico indireto seria um negócio unitário, *causa fiduciea*, idônea para limitar a posição do fiduciário e, ao mesmo tempo, operar a

²⁶¹ “Aprofundando o exame, reconhecemos poder incluir, na categoria dos indiretos, também os negócios fiduciários, tão comuns em todos os direitos e frequentes, também, nos sistemas jurídicos mais modernos. (...) A característica do negócio fiduciário decorre do fato de se prender a uma transmissão de propriedade e, ainda, porque seu efeito de direito real é parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes; por conseguinte, o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu apenas para o fim especial visado pelos contratantes, sendo obrigado a devolvê-la uma vez preenchido aquele fim. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente a reestabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato de depósito)”. (ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 159-160).

²⁶² MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Retrovenda*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967, p. 16.

²⁶³ “Pugliatti faz notar que, se a construção do negócio fiduciário como combinação de dois negócios, em vez de como *unum negotium*, caracterizado por uma *causa fiduciae* supera a dificuldade da propriedade fiduciária, gera, no entanto, outra dificuldade: isto é, a de dever dar uma base causal a cada um dos negócios – o que não lhe parece possível -. Os dois negócios apresentar-se-iam ambos como abstratos e, portanto, não reconhecendo o nosso direito a publicidade de negócios abstratos, não se poderia admitir uma figura resultante de uma combinação de negócios abstratos” (PUGLIATTI, Fiducia e representanza indireta, na Riv. it. sc. giur., 1948, 260-262 *apud* BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, Nota de Rodapé 104).

²⁶⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalino. *Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 6 | p. 1261 - 1278 | Jun / 2011 DTR\2012\1205

²⁶⁵ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 164.

transferência do direito real (visto que, sem esta, o fiduciário estaria exposto, desde o início a uma repetição)²⁶⁶.

Há modernamente, com relação ao negócios fiduciários, duas construções doutrinárias prevaletentes. A *construção romana* pela qual o negócio fiduciário se caracteriza pela desproporção entre a finalidade a atingir e o meio empregado para isso e decorre sempre da conjugação de um negócio jurídico de eficácia real com um negócio de eficácia puramente obrigatória. A *construção germânica*, segundo a qual, em negócio dessa natureza, o fiduciário adquire ou um direito de propriedade resolúvel, ou um direito real limitado sobre a coisa do fiduciante (ou crédito cujo conteúdo é limitado pela lei em conformidade com o escopo visado pelas partes)²⁶⁷.

Nos negócios fiduciários há uma limitação dos efeitos reais do negócio por via obrigacional, quer se faça através de um outro negócio (fidúcia do tipo romano), quer se faça através de uma cláusula resolutória aposta ao próprio negócio jurídico. Os efeitos do negócio não são, por assim dizer, os finais e definitivos, mas provisórios e indiretos, enquanto o fiduciário não se desincumba de usar do direito adquirido na direção imposta pelo fiduciante²⁶⁸.

Há, portanto, no negócio fiduciário um fim ulterior visado (garantia) que é instrumentalizado pelo negócio-meio adotado (transferência de propriedade). Ainda que sob a construção romana do negócio fiduciário haja uma desproporção entre a finalidade a se atingir e o meio utilizado, esta distinção é feita no âmbito das subespécies, entre o *negócio fiduciário* e o *negócio jurídico indireto stricto sensu*.

Com efeito, como salienta KOHLER, o negócio jurídico indireto em sentido estrito é aquele que as partes querem que produza todas suas consequências jurídicas, mas para atingirem escopo que não se coaduna com essas consequências, não havendo, porém, como ocorre no negócio fiduciário (segundo a construção romana ou a devida a DERNBURG), questão de *plus* ou de *minus* entre as finalidades jurídica e econômica. Acentuam os autores, em geral, que, no negócio fiduciário, sua finalidade é mais restrita que a do negócio jurídico

²⁶⁶ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 163.

²⁶⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Retrovenda*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967, p. 17.

²⁶⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 6 | p. 1261 - 1278 | Jun / 2011 DTR\2012\1205

adotado, enquanto que, no negócio jurídico indireto em sentido estrito, é elas apenas diferente²⁶⁹.

O resultado típico *diferente* (ainda que a diferença seja a proporção) daquele típico do negócio-meio utilizado – a incongruência entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida no caso concreto - faz do negócio fiduciário integrante da categoria dos *negócios jurídicos indiretos em sentido lato*. “De desproporção só é possível falar quanto à *definitividade*: a propriedade transferida é definitiva, quando, para o conseguimento do fim, era bastante que fosse temporária”²⁷⁰.

2.2. NEGÓCIO SIMULADO

A confusão entre o negócio indireto e o negócio simulado tem constituído um dos maiores entraves ao perfeito conhecimento dos institutos, gerando diversas incertezas sobre eles. Como nota Ascarelli, “é para a simulação que instintivamente se dirige o pensamento em todas as hipóteses supracitadas, em que parece, haja, em substância, negócios com causa simulada”²⁷¹.

Contribui, evidentemente, para isso, a própria natureza do negócio indireto. Através dele, como se viu, procuram as partes alcançar um fim *incongruente* com o meio empregado. Na prática, frequentemente, recorre-se à ideia que o negócio indireto seria simulado e sujeito ao regime da simulação, ainda que, por uma ou outra razão, às vezes ilusórias, apesar da premissa adotada, não se aplique a esses o regime da simulação²⁷².

A valoração dos vício concernentes à causa deve ter em conta a posição que a determinação causal (o querer) assume em relação à causa (função) do negócio. Como exposto acima, a discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto pode configurar uma *incompatibilidade*, e então teremos o fenômeno da simulação, ou uma simples *incongruência* ou *inadequação* entre meios e

²⁶⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Retrovenda*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967, p. 16.

²⁷⁰ CARVALHO, Orlando de. Negócio Jurídico Indireto. *Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento X*. Coimbra Editora: Coimbra, 1952, p. 105.

²⁷¹ ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 178.

²⁷² *Idem*, p. 178-179.

escopos entre si compatíveis, e nesse caso teremos o negócio indireto (em sentido lato)²⁷³.

A *incompatibilidade* exclui qualquer correspondência entre a determinação causal dos contratantes e a causa típica do negócio adotado, o que pode levar o intérprete a crer que o negócio não é querido na realidade, mas apenas na aparência. Cabe ressaltar, todavia, que a incompatibilidade não é uma “coisa absoluta e exteriormente verificável” mas, “o produto, essencialmente relativo, de uma avaliação contingente e dependente das concepções dominantes na consciência social”²⁷⁴.

Sob o ângulo político-legislativo, o tratamento da simulação também reporta-se ao modo de ver e de sentir corrente e às “concepções dominantes na consciência social de um dado ambiente histórico”, e essas condições devem ser sopesadas para determinar, até que medida, um negócio será considerado como destinado a um fim que não é seu e que é consigo incompatível²⁷⁵.

Emílio Betti define que há simulação quando as partes de um negócio, combinadas entre si, estabelecem uma regulamentação de interesses diversos daqueles que pretendem observar nas suas relações, procurando atingir, através do negócio, um escopo (dissimulado) divergente da sua causa típica²⁷⁶. Quando o escopo divergente decorre da autonomia privada, na medida que caracteriza um tipo de negócio diferente do simulado e leva a descobrir por baixo do negócio simulado a figura de um negócio diferente, trata-se de *simulação relativa*; quando, por sua vez, o escopo divergente é de natureza totalmente diferente, estranho à função da autonomia privada, trata-se de *simulação absoluta*²⁷⁷.

Apesar de na prática, a simulação usualmente servir para encobrir uma ilicitude e ser empregada com escopo fraudulento – quer fraude à lei, quer fraude contra credores

²⁷³ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 277 – 278.

²⁷⁴ Decorre daí que a distinção, convencional e puramente dogmática, entre negócio simulado e negócio indireto, nada tem de absoluto e de fixo, nem pode aspirar ao rigor científico de outras classificações. (BETTI, *Op. Cit.*, 2003 p. 278 – 279).

²⁷⁵ Emílio Betti constata, através de estudo comparativo de diversos sistemas, que, quanto maior sinceridade e clareza se costuma exigir nas relações sociais de uma sociedade determinada, menor será a propensão para atribuir relevância social e jurídica a uma *intenção propositadamente oculta* ou não manifestada de maneira sincera e adequada. Por sua vez, quanto mais propenso é o costume social a considerar norma de “boa educação” velar a expressão do próprio pensamento, mais propenso será o direito a admitir a relevância de propósitos, ainda que manifestados por forma indireta, e de motivos que mal tenham ultrapassado o limiar do foro íntimo. Esse é precisamente o ponto de vista do direito inglês, que não conhece o problema da simulação, nem admite qualquer diferença entre negócio simulado e negócio indireto, e considera perfeitamente lícito o *non disclosure* numa série de situações, que os direitos continentais consideram como uma incorreção. (BETTI, *Op. Cit.*, 2003, p. 279-280).

²⁷⁶ *Idem*, p. 281.

²⁷⁷ BETTI, *Op. Cit.*, 2003, p. 281.

– não há uma correspondência necessária entre a simulação e a fraude, e vice-versa. Trata-se, na verdade, de duas qualificações heterogêneas, dependentes de dois aspectos diversos, sob os quais o negócio pode ser considerado²⁷⁸.

2.2.1. Qualificação Dogmática da Simulação

Segundo a corrente que propugna a prevalência do *dogma da vontade*, a simulação decorreria de uma vontade declarada pelas partes deliberadamente desconforme com a intenção dos sujeitos. Por ser fato psíquico, a vontade só poderia produzir efeitos quando exteriorizada por intermédio de uma declaração, e portanto, a vontade interna deveria ser declarada para os fins de exteriorização formal da vontade interna das partes. No caso de divergência entre a vontade real e a vontade interna, prevaleceria a vontade interna sobre a exteriorizada²⁷⁹.

Helena Taveira Tôrres destaca que essa teoria foi minada – dentre os críticos, conforme exposição do autor, os principais são Ferrara e Jhering - diante dos resultados iníquos que ela produziria, pois, sendo legítima para todos os casos de validade ou nulidade do negócio jurídico, a intenção do agente viria sempre em sacrifício do aceitante da declaração, cuja expectativa poderia ser frustrada até mesmo pela má-fé ou pela culpa do declarante. Diante desta superação, a *declaração da vontade*, na sua forma exterior e objetiva, passaria à condição de base do negócio jurídico, superando de vez a exigência da vontade íntima. Assim surgia a *doutrina declarativista*²⁸⁰.

A corrente declarativista tomava orientação oposta à voluntarista, ao conferir prevalência à declaração formalizada, não obstante partisse do mesmo paradigma para conceituar o negócio simulado – divergência entre a vontade real e a vontade declarada. Ainda dentro da doutrina filiada à corrente declarativista, Helena Taveira Tôrres aponta duas subcorrentes: uma primeira (Will Röver) suprimia qualquer importância à vontade dos sujeitos, fixando-se nos estritos termos da declaração; e a segunda (Kohler), sob a cunha de *teoria da confiança*, promovia uma interatividade entre vontade real das partes e a declaração formalizada²⁸¹.

²⁷⁸ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 282-283.

²⁷⁹ TÔRRES, Helena Taveira. Simulação de Atos e Negócios Jurídicos – Pacto Simulatório e Causa do Negócio Jurídico. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Helena Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 289.

²⁸⁰ *Idem*, p. 288-289.

²⁸¹ *Idem*, p. 291-292.

O Código Civil brasileiro de 1916 atribuía papel restrito à vontade interna, quando se trata de litígio de um simulador com o outro. A posição da nossa legislação era singular entre as legislações da família romano-germânica, ao determinar que, na simulação culposa, quando se trata de alegação dos próprios simuladores ente si, a declaração prevalece contra a intenção que ambos tiveram²⁸²⁻²⁸³.

Essas teorias diferenciavam o negócio simulado do negócio indireto com base no “querer” das partes: no negócio simulado os efeitos jurídicos não seriam “realmente queridos”, ao passo que, nos negócios indiretos, pelo contrário, os efeitos do negócio-meio seriam “queridos” pelos contraentes. Assim, Pontes de Miranda, *in verbis*:

Pôs ao vivo que, em tal maquinação, algo se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostra, enquanto algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Ostenta-se o que se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis. (...) A simulação supõe que se finja: há ato jurídico, que se quis, sob o ato jurídico que aparece; ou não há *nenhum* ato jurídico, posto que haja a aparência de algum. (...) Os negócios jurídicos de fidúcia e outros atos jurídicos fiduciários são queridos. Não são aparentes: *são*²⁸⁴.

Emílio Betti teceu críticas a esta pressuposição sob o argumento de que, se os efeitos jurídicos houvessem sido totalmente excluídos, não se explicaria, na simulação relativa, que o negócio dissimulado seja reconhecido como parcialmente eficaz quando o negócio simulado reúne nele os seus requisitos de existência e de validade. Ainda, se não existisse um nexo de contextualidade psicológica e lógica entre o negócio simulado

²⁸² BRASIL. Código Civil, 1916. Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.

²⁸³ Antônio Junqueira de Azevedo expõe que tanto o autor quanto o réu, em ações de anulação por simulação, procuravam ignorar o dispositivo do 104. Essas ações, na maioria das vezes, tratavam de casos de simulação culposa em que o autor da ação era a parte economicamente mais fraca (por exemplo, nos casos de mútuo, dissimulados em compra e venda, nos quais os direitos reais funcionam como garantia para o mutuante). Embora o artigo aparentemente favorecesse o réu, esta sentia-se em posição processualmente fraca ao pedir a sua aplicação: fugir da acusação de simulação utilizando o art. 104 poderia parecer uma confissão de que realmente ocorreu a simulação (ato socialmente censurado). O juiz, nesses casos, ainda que reconhecesse a aplicabilidade do dispositivo, procuraria fazer justiça por outras vias. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 92-94).

²⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo IV, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 375-377.

e o negócio dissimulado, as partes não teriam qualquer razão para se servirem de um como meio para atingir o outro²⁸⁵.

Não obstante a discrepância entre a intenção prática das partes e a causa típica ou qualquer elemento essencial (sujeito, objeto), o nexó positivo e instrumental existe efetivamente, e consiste na “correspondência, pelo menos parcial, do preceito do negócio simulado com o regulamento de interesses ocultamente estabelecido”²⁸⁶.

Uma vez demonstrada a intenção simulatória, o elemento discrepante é quebrado como um ramo seco (por ex., a contrapartida), ou é retificado (por ex., o objeto) ou substituído em conformidade com essa intenção (causa dissimulada, ou sujeito dissimulado, que substituem a causa afirmada ou a pessoa interposta): e isto, mediante um processo de interpretação corretiva, a que a declaração é submetida²⁸⁷.

O critério de diferença entre o negócio simulado e o negócio indireto deve ser procurado, não na vontade, mas na medida de discrepância entre causa determinante e causa típica. No negócio indireto, a discrepância apresenta-se como uma simples incongruência ou uma deficiente adequação, enquanto no negócio simulado esta toma o caráter de incompatibilidade²⁸⁸.

No negócio jurídico indireto, o valor vinculativo do negócio adere perfeitamente ao significado objetivo da declaração, enquanto no negócio relativamente simulado o valor vinculativo é atribuído ao significado subjetivo convencionado entre as partes nas relações entre elas, através da *contra-declaração* que mantém oculta. Essa *contra-declaração* torna-se uma espécie de negócio-auxiliar, que se incorpora no negócio simulado, e desempenha a função de interpretação autêntica, “com a qual as partes determinam o significado subjetivo da declaração aparente, neutralizando-lhe o significado objetivo”²⁸⁹.

2.2.2. Critérios de Tratamento da Simulação

²⁸⁵ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 283-284.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ *Idem*, p. 286.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ O efeito interpretativo neutralizador da contra-declaração sobre o significado objetivo pode paralisá-lo em parte (por ex., quanto ao correspectivo convencionado), pode desviá-lo (da pessoa interposta para o sujeito dissimulado), ou pode retificá-lo. (BETTI, *Op. Cit.*, 2003, p. 288).

O critério fundamental que deve inspirar o tratamento da simulação não é o individualista de valor exclusivo da vontade interna, mas sim o da boa-fé. Ao se aplicar este critério, contudo, é preciso ter presente que o negócio jurídico pode apresentar vários aspectos e significados diferentes, conforme os diversos destinatários ou interessados ao conhecimento dos quais ele chega²⁹⁰.

O Legislador Civil de 2002 modificou substancialmente o regramento da simulação com relação ao que se fez em 1916, especialmente em dois aspectos: a simulação tornou-se causa de nulidade²⁹¹, e não mais de anulabilidade²⁹²; e excluiu de sua caracterização a necessidade de ser nocente²⁹³.

O ato simulado na simulação culposa, nos termos do art. 104 do Código Civil de 1916²⁹⁴, prevalecia entre as partes e, até mesmo, entre essas e terceiros (ressalvada aos terceiros a possibilidade de demandar a anulação). Todavia, apesar de no revogado diploma civilista o papel da vontade interna na simulação culposa ser, entre as partes, nenhum, a doutrina muitas vezes censurou a regra, e a jurisprudência, indo ainda mais longe, ignorou o dispositivo legal²⁹⁵.

O Código Civil de 2002, ao não reproduzir o dispositivo supracitado, deu razão a Alberto Auricchio, que, com base em Messina, disse que no tema cheio de controvérsias da simulação, a única certeza era a de o ato simulado não produzir efeito entre as partes²⁹⁶.

Nas *relações internas* entre as partes, o negócio jurídico simulado não produz efeitos que se oponham, segundo o critério da boa-fé, à intenção dissimulada, tal como resulta da contra-declaração. Os contratantes devem comportar-se de acordo com as limitações impostas pela boa-fé, respeitando os limites e as obrigações negativas reciprocamente assumidas que ou excluem, ou restringem, ou modificam o valor

²⁹⁰ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 293

²⁹¹ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma

²⁹² “A invocação da simulação invalidante é em ação de anulação”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV, 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 386).

²⁹³ BRASIL. Código Civil, 1916. Art. 103. A simulação 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.

²⁹⁴ Não há dispositivo equivalente no Código Civil de 2002.

²⁹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 92-93.

²⁹⁶ AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico: premissas gerais.*, tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Ed. Coimbra, 1964, p. 7 *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 92.

vinculativo irrevogável do regulamento de interesses adotados. Esta é a eficácia negativa da intenção simulatória, que deve ter sido corporizada numa *contra-declaração*, da qual se conclua, por via de interpretação, que ela é a intenção comum das partes²⁹⁷.

Quando a simulação é relativa, pode ainda o acordo simulatório ter uma eficácia positiva, ou “operante”, na medida em que leva a utilizar o preceito do negócio no sentido divergente que se convencionou. A interpretação autêntica causada pela contra-declaração pode levar os efeitos do negócio simulado ou conduzir a corrigi-lo, segundo os critérios que disciplinam a conservação de negócios inválidos, ou seja, operar uma conversão do negócio simulado no dissimulado²⁹⁸.

Diante do fato de o Código Civil de 2002 não mais trazer a distinção entre a simulação nocente a simulação inocente, entendeu-se que essa classificação não mais seria pertinente. Todavia, parte da doutrina entende que a concepção segundo a qual desinteressa o prejuízo a terceiros decorrente do negócio jurídico simulado não encontra base científica, sendo resultado de uma interpretação apenas literal do texto legal²⁹⁹.

Marcos Bernardes de Mello sustenta que a possibilidade de conversão do ato jurídico simulado em dissimulado depende da nocência ou inocência do negócio jurídico simulado. Segundo o autor, se houver danos a terceiros (nocência), não será possível aplicar o disposto no caput do art. 167 do Código Civil³⁰⁰. Parece-nos equivocada esta interpretação, pois aplica a mesma solução aventada para proteger os terceiros de boa-fé às partes que praticaram o negócio simulatório, ignorando a autonomia privada destas no regramento dos seus interesses.

Essa conversão está, no entanto, sempre subordinada ao princípio informador da autonomia privada, que impõe aos interessados o ônus de empregarem meios idôneos para atingirem os seus escopos, e portanto, pressupõe, para poder efetuar-se, que o negócio simulado contenha em si os elementos de substância (causa) e de forma, necessários para a existência do outro negócio (o dissimulado), que

²⁹⁷ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 294.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

³⁰⁰ *Idem*, p. 171.

corresponde à comum intenção prática das partes, supostos sempre o concurso dos requisitos de validade extrínsecos à declaração³⁰¹.

A doutrina brasileira deu a esse procedimento o nome de *extraversão*³⁰². Tanto a extraversão como a conversão constituem aplicações do princípio da conservação. No entanto, a extraversão é diferente da conversão, pois na conversão se dá o aproveitamento de ato nulo para outro fim, em relação ao qual seria válido, conforme a vontade dos figurantes, enquanto na extraversão toma-se o ato para o seu fim verdadeiro (dissimulado), desprezando-se o negócio simulado³⁰³.

Ao aplicar-se a extraversão, deve proceder-se com a distinção conforme a simulação recaia sobre a causa em si mesma ou apenas sobre certos elementos dela, como o sujeito ou o objeto do negócio. Os elementos estruturantes do contrato de sociedade, estudado no primeiro capítulo deste trabalho, são necessários no contrato simulado para que se possa reconhecer, a partir desse, o negócio dissimulado: a *sociedade*.

Se um contrato de compra e venda de participação societária celebrado entre um sócio da sociedade e uma determinada pessoa interposta, deve operar-se ou assumir-se em relação a um sujeito dissimulado diferente do indicado (*sócio oculto*), o sujeito interposto apaga-se e fica estranho à relação a que deu vida, como se tivesse aceitado servir de intermediário do verdadeiro interessado. Demonstrada a intenção simulatória, o sócio, até então oculto, mediante um processo de interpretação corretiva, assume a função de real sócio da sociedade.

Recaindo a simulação sobre a causa – praticou-se contrato de mútuo dissimulando um real contrato de sociedade – o elemento causal discrepante, uma vez provada a simulação, é quebrado e substituído pela causa dissimulada. A declaração simulada é interpretada sob as vistas da intenção simulatória, e a contra-declaração das partes produz o efeito de constituição da sociedade. *Esta é a sociedade oculta*.

Ainda, consideram-se não escritas as cláusulas inseridas apenas *dicis causa*, assim como consideram-se escritas as condições simuladamente subentendidas, sempre

³⁰¹ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 295.

³⁰² Pontes de Miranda define a *extraversão* como o exurgimento do ato dissimulado, como ato jurídico, no lugar do ato jurídico simulado. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 402).

³⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Nota de Rodapé 204.

que compatíveis com a índole e a disciplina do negócio³⁰⁴. Como vimos acima, o contrato de sociedade não exige forma específica para que exista, mas apenas para produzir determinados efeitos, de forma que é possível se reconhecer a existência de sociedade – despersonalizada – a partir da celebração de outro contrato, escrito ou verbal, simulado.

Nas *relações externas para com terceiros*, a boa-fé leva a se ignorar o acordo simulatório, e portanto, em acreditar na plena eficácia vinculativa do negócio simulado e na legitimidade de quem baseia nele a sua posição jurídica. Daí decorre a irrelevância da simulação relativamente a terceiros de boa-fé que tenham interesse na eficácia do ato simulado. As partes expuseram-se ao risco imanente à declaração, no ambiente social para a confiança que ela cria, ao não terem providenciado de um modo exteriormente reconhecível o preceito contratual por elas criado, mantendo oculto o acordo que o restringe ou o exclui³⁰⁵.

Por outro lado, terceiros que sejam prejudicados pela eficácia do negócio simulado e pela ineficácia do acordo simulatório e que, portanto, tenham interesse em se aproveitar do acordo simulatório e em opor a ineficácia total ou parcial do negócio simulado que dele deriva, podem opor às partes esta simulação. Trata-se exatamente do caso do credor que busca sem sucesso no patrimônio dos sócios manifestos da sociedade, o recebimento de seu crédito: este poderá, também, adentrar no patrimônio do sócio da sociedade oculta, diante da sua condição de sócio de responsabilidade ilimitada.

2.3. PROVA DA EXISTÊNCIA

O direito brasileiro, diferentemente do direito italiano³⁰⁶, não possui regra específica sobre a prova da simulação. No entanto, inobstante a ausência de regra probatória expressa, para o prejudicado, a prova da simulação consistirá basicamente em determinar a existência de acordo simulatório, indicando o negócio jurídico alegado

³⁰⁴ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 297.

³⁰⁵ Idem, p. 297-298.

³⁰⁶ No direito italiano, a prova da simulação efetua-se de modo diferente conforme se trata das relações internas entre as partes, ou de relações com terceiros. Nas relações internas, a prova da contra-declaração tem as mesmas limitações que a prova testemunhal, tendo em conta a possibilidade e o ônus que as partes tinham de se munirem de prova escrita. Em relação aos terceiros, desaparecem, pela razão contrária, as limitações da prova testemunhal (art. 1.417 Código Civil Italiano). (BETTI, *Op. Cit.*, 2003, p. 300-301).

como mera aparência que dissimula uma relação jurídica de natureza diversa da que corresponde o negócio. Prova-se a existência das duas normas jurídicas: a que contém o negócio jurídico e a que contém o acordo de simular³⁰⁷.

Quanto aos meios para se provar a simulação, todos os meios relevantes devem ser considerados, especialmente os indícios e presunções³⁰⁸, que se devem aplicar segundo o devido processo legal disponível para a matéria³⁰⁹. Também, no que tange à confissão ou à prova testemunhal, nenhuma dúvida se põe quanto à sua utilização nas provas de pactos simulatórios³¹⁰.

É do interesse deste trabalho, contudo, valendo-se das regras aplicáveis à prova da simulação, compreender como a sociedade oculta poderá ser provada. O Código Civil de 2002, replicando o que já se previa nos diplomas legislativos anteriores, possui regra expressa sobre a prova da existência da sociedade em comum, diferenciando os meios de prova quando pretendida pelos sócios ou por terceiros³¹¹. Esse dispositivo aplica-se sem ressalvas à sociedade oculta.

2.3.1. Prova da Existência nas Relações Internas

O Código Comercial de 1850, em seu art. 303, estipulava que “nenhuma ação entre os sócios ou destes contra terceiros, que fundar a sua intenção na existência da sociedade, será admitida em juízo se não for logo acompanhada do instrumento probatório da existência da sociedade”. O “instrumento probatório” era o contrato escrito registrado, como inferia-se a partir da leitura sistemática do Código. Já o art. 1.366 do Código Civil de 1916 determinava que “nas relações entre os sócios, a sociedade só se provará por escrito; mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo”.

³⁰⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. Simulação de Atos e Negócios Jurídicos – Pacto Simulatório e Causa do Negócio Jurídico. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 341.

³⁰⁸ Marcos Bernardes de Mello defende posição contrária, segundo a qual a simulação não se presume. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176). Não nos parece correto este entendimento. Pontes de Miranda já constatava que “nunca se discutiu, nem se pôs em dúvida, no direito brasileiro, se cabia provar-se a simulação pelos vulgares meios de prova, inclusive indício e presunção.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado. Tomo IV*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 406). A prova de que a causa do negócio é incompatível com o seu é extremamente difícil de ser obtida pelo prejudicado pelo acordo simulatório, razão pela qual esta não deve ser limitada ou restringida.

³⁰⁹ TÔRRES, *Op. Cit.*, 2010, p. 341

³¹⁰ *Idem*, p. 342.

³¹¹ BRASIL. Código Civil, 2002. Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

Nota-se que o Código Civil atual filiou-se, em parte, ao Código Comercial, ao referir-se, especificamente à prova da existência da sociedade, e, em parte, ao Código Civil de 1916, ao falar em prova por escrito. Portanto, tem integral aplicação a interpretação que a doutrina e a jurisprudência emprestavam a esses dispositivos da lei anterior³¹².

Carvalho de Mendonça deu a seguinte interpretação ao supracitado artigo do Código Comercial, *in verbis*:

Não é toda e qualquer acção entre os socios ou da sociedade contra terceiros que deve ser instruida com o contracto social devidamente registrado, mas sómente aquella acção que, na lição de Teixeira de Freitas, não tiver outra causa possivel senão a existencia da sociedade. Os socios, desde que se fundem em titulo diverso do contracto social, não estão provados de se demandarem reciprocamente, com o fim de evitar que uns se locupletem á custa dos outros³¹³.

A sociedade não pode obrigar os sócios a fazerem as contribuições que porventura tenham se obrigado a fazer no contrato social, e um sócio não poderá exigir o cumprimento desta obrigação de outro sócio. Contudo, os sócios não podem evitar que as obrigações já contraídas sejam satisfeitas, nem impedir o regulamento dos lucros e das perdas ou a restituição dos aportes, ou seja, os efeitos da sociedade a respeito do passado. “Existe nesses casos um principio supremo a attender, e não seria justo fechar as portas dos tribunaes”³¹⁴.

Pontes de Miranda também buscou dar uma interpretação que mitigava os efeitos restritivos do texto legal. Para o autor, a prova por escrito que o art. 1.366 se referia não era sempre a prova do contrato, mas qualquer escrito que seja suficiente para que se repute existente a sociedade³¹⁵. Este escrito não necessita ser necessariamente

³¹² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 129-130.

³¹³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 134-135.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIX, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 80.

um contrato, mas poderá ser de qualquer natureza, tais como e-mails, correspondências, pagamentos de contas, depósitos, etc³¹⁶.

A jurisprudência, desde a vigência do antigo Código Civil, vem adotando temperamento a estas regras limitadoras, de forma que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo quaisquer meios de prova para demonstrar a existência da sociedade por parte dos sócios, inclusive a prova oral³¹⁷. O direito à prova compreende, em seu conteúdo, o direito à utilização de todos os meios de prova de que se disponha - desde que lícitos e moralmente idôneos - de forma que não parece correta a ideia de restringir a prova da existência da sociedade em comum àquela exclusivamente documental, como aparentemente pretendia o legislador³¹⁸.

Dessa forma, conclui-se que os sócios, regulares (ostensivos) ou ocultos, de uma sociedade oculta não se sujeitam à restrição probatória prescrita pelo Código Civil de 2002 no que diz respeito à existência e às obrigações assumidas entre si, sendo possível, na hipótese, inclusive, prova testemunhal. Como já se viu na simulação, todos os meios relevantes em direito devem ser considerados para que se prove a existência da sociedade dissimulada.

2.3.2. Prova da Existência nas Relações Externas

Em compensação à tentativa de restringir os meios de prova nas relações internas, nas relações externas o Código Civil é claro: os terceiros podem prova-la de qualquer modo, inclusive por indícios que levem à presunção da existência da sociedade.

³¹⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 131.

³¹⁷ COMERCIAL E CIVIL - Ação de Reconhecimento de sociedade de fato - Pedido de dissolução - Contrato escrito inexistente. I - A falta de documento escrito, comprobatório da existência de sociedade, constitui irregularidade, contudo, não desnatura a capacidade processual de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio, em poder dos demais. Tal restituição se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes. II- Incidência do dispositivo na sumula n. 07, do STJ. III - Recurso não conhecido. (STJ, 3ª Turma, REsp. 43.070-P, Min. Waldemar Zveiter, DJ 13.06.1994).

³¹⁸ O direito à prova vem sendo reconhecido e entendido como (i) o direito de empregar todos os meios disponíveis para a demonstração da verdade dos fatos em que se fundamenta uma pretensão ou defesa ou (ii) o direito de influir sobre a formação do convencimento do magistrado a propósito dos fatos da causa por todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha. (ABDO, Helena Najir; BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. *Prova das Sociedades de Fato de Natureza Empresarial*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Stoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 307-308).

A doutrina continua a invocar, como indícios da existência de uma sociedade, o disposto no art. 305 do Código Comercial: “Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 - Negociação promíscua e comum. 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública. 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9 - O uso de nome com a adição - e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo nº. 316)”³¹⁹.

Por conseguinte, terceiros poderão provar a existência da *sociedade oculta* por meio de indícios de existência da sociedade que levem à presunção que o contrato celebrado entre as partes era, na realidade, um contrato societário.

Essa presunção, no entanto, restaria afastada a partir do momento que as partes do negócio jurídico provem a ausência dos elementos nucleares do contrato de sociedade, a saber, a contribuição dos sócios, a partilha dos resultados, o exercício de atividade econômica e o fim comum social como causa do negócio. Como ensina Danilo Knijnik, caso existam contraprovas, ainda que indiciárias, que prejudiquem as conclusões inferenciais que seriam extraídas dos fatos trazidos, a prova contrária prevalece sobre o raciocínio lógico-indiciário, afastando a conclusão gerada pela máxima de experiência³²⁰.

Vale relembrar a advertência de Carvalho de Mendonça acerca das presunções de existência da sociedade, *in verbis*:

³¹⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013, Nota de Rodapé 68. “O art. 305 do Código Comercial de 1850 continha normas contemplando essa situação, porém, com indicativos das provas capazes de provar-lhe a existência. Esses indicativos quer eram de natureza meramente enunciativa, podem ainda ser levados em conta na verificação prática da existência ou não de uma sociedade, para fins de incidência ou não das regras constantes do capítulo que é objeto destes comentários”. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3ª ed., revisada, atualizada e ampliada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 143). “Apesar de essa disposição não ter mais eficácia no Brasil, o rol por ela trazido ilustra casos em que se evidencia a existência de sociedade entre dois ou mais sujeitos e, ao menos no plano das ideias, pode orientar a tomada de decisões em disputas concretas.” (FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103-104).

³²⁰ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 58.

Essas presunções são *legaes condicionaes* e prevalecem como verdade enquanto não ha prova contraria. A prova da existencia da sociedade de facto deve ser formada com muita segurança, mórmente quando se trata de arrastar á fallencia alguem que se tem como socio³²¹.

Não apenas quando for o caso de sujeitar alguém ao processo falimentar, a prova da existência da sociedade também deve ser formada com muita convicção quando se tratar de extraversar o contrato celebrado entre as partes para reconhecer a existência da sociedade oculta. Para fazê-lo, deverá ser provada a contribuição com bens ou serviços para o exercício da atividade empresarial comum com a outra parte contratante, bem como a partilha dos resultados (lucros e perdas) entre eles.

³²¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 139.

CONCLUSÃO

A sociedade oculta configura-se, normalmente, a partir da celebração de contratos de financiamento ou de garantia em que os credores e garantidores assumem a posição de sócios ocultos. Essa situação decorre, na maioria dos casos, diante da inexistência de modelo societário que conforme os interesses negociais das partes, principalmente no que diz respeito à assunção e distribuição dos riscos.

Assim, as partes valem-se de contratos típicos, como o contrato de mútuo ou de fiança, com a finalidade de, através desses contratos, assumirem direitos equivalentes aos que teriam caso sócios fossem, mas evitando a natural assunção dos riscos inerentes à posição societária. Este expediente não pode ser reconhecido pelo direito brasileiro: a mesma parte não pode ser, ao mesmo tempo, credora e sócia, conforme a conveniência das circunstâncias.

Não há dúvidas sobre a discrepância da causa desses negócios em relação à causa do contrato de sociedade, que - em termos genéricos - podemos definir como a persecução do lucro mediante o exercício de atividade econômica. A análise que deve ser feita, todavia é se a discrepância configura uma mera *incongruência* ou *inadequação*, ou se a causa de um e de outro são *incompatíveis* entre si. Na primeira hipótese, teríamos apenas um negócio jurídico indireto, ao qual aplicam-se as regras do contrato-meio: é o elemento categorial típico, e não a causa que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece. Na segunda, constatada a simulação, e identificando-se o negócio dissimulado, ocorre a extravessão.

A causa do contrato de mútuo – contrato real – é a entrega da coisa com fins de empréstimo, ao passo que a causa da fiança é a garantia do débito do afiançado. Em ambas as hipóteses, resta clara a incompatibilidade entre a causa típica e a causa societária, razão pela qual, identificado o fim social comum como a causa determinante, não haveria de se falar em negócio jurídico indireto.

O mútuo é empréstimo de coisas fungíveis em que o devedor obriga-se a restituir ao credor o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade; a contribuição dos supostos sócios para o patrimônio da sociedade não comporta a obrigação de restituição. Em uma delas, o risco assumido é o risco da insolvência do devedor; na outra, o risco que se corre é o risco da atividade negocial. No momento em que a transferência patrimonial é entendida como contribuição para o capital social/patrimônio especial da sociedade, não há mais que se falar em mútuo.

Não basta, no entanto, a constatação da simulação para que se configure a sociedade oculta. O negócio dissimulado deve ser contrato de sociedade e, portanto, devem estar presentes todos os elementos nucleares do tipo contratual sociedade. Ausente um destes, não há de se falar em sociedade. Contudo, caso se identifique como causa determinante o fim societário, e presentes os elementos do contrato de sociedade, o contrato, que externamente aparentava ser contrato de mútuo, passa a ser considerado como contrato de sociedade. A sociedade, então oculta, vem à luz.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABDO, Helena Najir; BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. Prova das Sociedades de Fato de Natureza Empresarial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Stoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. rev., atual., e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- ARAGÃO, Paulo Cezar; CRUZ, Gisela Sampaio da. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: o ‘Moderno Prometheus’ do Direito Societário In: *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais*. Coord. JUNIOR, Pedro Anan; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. São Paulo: MP Editora, 2012
- ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999
- ASCARELLI, Tullio. O Negócio Indireto. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002
- BARUFALDI, Luís Fernando Roesler. *A dissolução parcial da sociedade anônima pela quebra da affectio societatis*. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2001
- BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. United States of America: John Wiley & Sons, Inc, 1996
- BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*; tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, t. II, tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 3^a ed., rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997
- BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades Comerciais: empresa e estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1996

CARVALHO, Orlando. Negócio Jurídico Indireto. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Suplemento X*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. 3, Livro II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012,

COMPARATO, Fábio Konder. A constituição de reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014

ESTRELLA, Hernani. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1973

FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*. São Paulo: Saraiva, 2011

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986

FERREIRA, Waldemar. O “trust” anglo-americano e o “fideicomiso” latino-americano. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP LI/182*

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*. São Paulo: Malheiros, 2013

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Parecer: “Recuperação Judicial. Sociedade Estrangeira que Presta Garantias em Favor de Sociedade Brasileira cujo Grupo Pretendia Controlar. Inexistência de Caracterização de Sociedade em Comum, da Figura do Sócio Oculto ou do Administrador de fato. Ilegalidade da Proibição do Voto da Consulente na Assembleia de Credores Haverida na Recuperação Judicial das Empresas do Grupo”. In: *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Parecer: Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização. *Revista de Direito Mercantil n. 157/241*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “Affectio Societatis”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo

- conceito de “fim social”. In: *Temas d Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009
- GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975,
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 3^a ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- HAMILTON, Robert W.; MACEY, Jonathan R.; MOLL, Douglas K. *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*. United States of America: West Publishing Co., 2010
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. The Project Gutenberg EBook, 2013.
- KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- LATORRACA, Sérgio Murilo Zalona. Comentário ao RE 102.967 – RJ – 1^a T. – j. 18.4.86 – rel. Min. Sydney Sanches. *Revista de Direito Mercantil n. 68*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil n. 128/7*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002
- LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad - Editor de Livros de Direito, 1970
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. atualizado por Carlos Henrique Abrão. 36^a ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013
- MARTINS COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais, vol. 657/1990, DTR\1990\137*
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 6 | p. 1261 - 1278 | Jun / 2011 DTR\2012\1205*
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011

- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Retrovenda*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990
- PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz. *Curso de Direito das Sociedades*. 5^a ed., rev., e atual. Coimbra: Almedina, 2004
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV, 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII, 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIX, 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984
- REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil. Apreciação Crítica sobre o Livro II (Da Atividade Negocial). *Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 1*, 2010
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil – história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Vigência, Punibilidade e Licidade: três questões sobre as operações blue chip swaps e o Dec. 23.258/1933. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 64/2014, p. 197 - 209, 2014, DTR\2014\5054
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013
- SZTAJN, Rachel; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa, vol. XI*. São Paulo: Atlas, 2008
- SZTAJN, Rachel. *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989
- TELLECHEA, Rodrigo. *Autonomia Privada no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2016
- TÔRRES, Heleno Taveira. Simulação de Atos e Negócios Jurídicos – Pacto Simulatório e Causa do Negócio Jurídico. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e*

Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli, 2^a edição. São Paulo: Quartier Latin, 2010

VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Curso de Direito Comercial 2*. São Paulo: Malheiros, 2006

WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ZANINI, Carlos Klein. *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005