

Atualidades

NOTAS SOBRE AS SOCIEDADES FICTÍCIAS, OU DE FAVOR

JOSÉ INACIO FERRAZ DE ALMEIDA PRADO FILHO

I — Sociedades fictícias e unipessoalidade. II — Simulação dos atos constitutivos. III — Fraude à lei. IV — Conclusões. V — Bibliografia.

Nesse breve ensaio, procurarei organizar algumas considerações sobre a manifestação mais corriqueira do fenômeno da unipessoalidade nos sistemas legais que não admitem a sociedade unipessoal ou a limitação de responsabilidade do empresário individual: a constituição de sociedade cuja pluralidade de sócios é artificialmente construída. Nessas sociedades, adjetivadas por Antônio de Arruda Ferrer Correia¹ como *fictícias* ou *de favor*, confluem para a assinatura dos atos constitutivos o controlador quase totalitário² e um *presta nome*, detentor de apenas uma quota ou ação. A questão que resta por analisar é a validade desta prática frente aos princípios do direito brasileiro.

I — Sociedades fictícias e unipessoalidade

Sempre foi assente na doutrina nacional a necessidade de dois ou mais sócios para a constituição de qualquer tipo de sociedade.³ Entendia-se que a forma associa-

tiva apenas se justificava como uma maneira de unificar a pluralidade de sócios a ela subjacente, sendo a personalidade jurídica destinada única e exclusivamente a essa finalidade. Desse modo, sempre se repudiou a idéia da sociedade unipessoal, fato muito bem revelado pela perplexidade demonstrada por Trajano de Miranda Valverde⁴ ao deparar-se com esse fenômeno: "Com absoluta falta de senso, sugeriu-se a possibilidade de se constituir sociedade anônima com um único subscritor ou acionista. Gente que ouve cantar o galo, mas não sabe onde. Nenhuma lei consagra, ou poderá consagrar essa monstruosidade jurídica: indivíduo-sociedade. Nem mesmo a lei alemã de 1937, a mais revolucionária de todas, dada a orientação política da Alemanha 'nacional-socialista', ousou admitir essa anomalia. (v. Quassowski, *Aktiengesetz*, 1937, p. 25). Aqui, porém, sob o calor dos trópicos, tudo se funde, até o bom senso".

Em certa medida, esta postura da doutrina nacional deve-se ao fato de que a sociedade unipessoal, no Brasil, jamais foi

1. *Sociedades Fictícias e Unipessoais*.

2. Conforme definição de Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed.

3. V., a esse respeito, Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, 4ª ed.; José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial*; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tra-*

tado de Direito Privado, 3ª ed., 2ª reimp.; Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, 25ª ed.; Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 23ª ed.; Modesto Carvalhosa, *Comentários a Lei das S/A*.

4. *Sociedades por Ações (Comentários ao Decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940)*, v. I, p. 196, nota de rodapé 16.

pensada como um *modelo legal*,⁵ um instituto jurídico próprio, mas sempre como uma hipótese inaceitável porquanto contrária, assim supunham seus adversários, a um corolário necessário e inexorável do instituto jurídico da sociedade: a pluralidade de associados.

Nesse contexto, a formulação da teoria do contrato plurilateral, por Tullio Ascarelli,⁶ bem como a moderna doutrina do contrato-organização,⁷ colocaram no centro da discussão sobre o contrato de sociedade não mais a sua vocação para unificar uma pluralidade de pessoas, mas, sim, o seu caráter instrumental e organizativo.⁸ Diferentemente dos contratos de permuta, que esgotam-se no cumprimento das obrigações avençadas, o contrato de sociedade tem, no cumprimento dos deveres ao seu abrigo constituídos, o pressuposto para a irradiação de sua eficácia típica: a organização dos fatores produtivos para o exercício da empresa.⁹

A idéia de *organização* desloca-se, assim, de uma posição estrutural no contrato de sociedade e passa a exercer um papel funcional.¹⁰ A celebração de tais con-

tratos justifica-se na necessidade de organizar esforços e recursos para o exercício da atividade econômica, sendo irrelevante que a organização emergente do contrato seja constituída, ou mesmo beneficie, um único sócio ou mais de dois deles.

O próprio caráter aberto reconhecido ao contrato de sociedade,¹¹ a permitir a entrada e saída de associados sem o distrato da avença, permite-nos concluir que são de todo irrelevantes, para a organização criada, tanto a quantidade quanto a qualidade dos sócios.

A personificação jurídica deferida a alguns tipos de sociedades representa uma simples técnica de imputação de direitos e deveres, com vistas à obtenção de autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade¹² e deve, portanto, ser compreendida e estudada de maneira descolada da pluralidade de sócios.¹³ Nada impede, nessa ordem de idéias, que a personificação seja concedida sobre substrato que não represente pluralidade de pessoas, como ocorreria na sociedade unipessoal, desde que autorizado por lei. É, aliás, justamente esse o caso das fundações, tal como admitidas no direito nacional vigente, pessoas jurídicas cujo substrato é uma massa de bens.

Importante ressaltar que esse caráter eminentemente organizativo do contrato de sociedade parece ter sido reconhecido pela lei brasileira, ainda que timidamente, ao admitir a subsidiária integral (art. 251 da Lei Acionária), a empresa pública unipessoal (art. 5º, II, do Decreto-lei 200/1967) e a manutenção temporária das sociedades reduzidas à unipessoalidade (art. 206, I, *d*, da Lei Acionária e art. 1.033, IV, do Código Civil).

5. Luiz Antônio Soares Hentz, *Direito de Empresa no Código Civil de 2002. Teoria Geral do Direito Comercial de Acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 174.

6. "O contrato plurilateral", in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*.

7. Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, p. 59.

8. Nas palavras do próprio Tullio Ascarelli, "concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior: esta constitui o objeto da sociedade, e sua determinação é juridicamente relevante" (*Problemas...*, cit., pp. 395-396).

9. Nessas bases, é possível endossar a clivagem proposta por Fábio Konder Comparato entre o âmbito interno da sociedade, que consubstancia as relações entre os sócios, e seu viés externo, cristalizado no desenvolvimento, perante terceiros, da atividade cuja organização foi obtida por meio do contrato de sociedade (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., p. 42).

10. Rachel Sztajn, *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, p. 37.

11. V., a esse respeito, Tullio Ascarelli, *Problemas...*, cit., p. 411.

12. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle...*, cit., p. 279.

13. Nas palavras de Fábio Konder Comparato, "nas sociedades personalizadas há, pois, dois níveis a se considerar: o interno e o externo. A supressão da pluralidade de sócios extingue as relações sociais internas, mas não suprime, necessariamente, a separação patrimonial" (*O Poder de Controle...*, cit., p. 42).

Dessarte, transposta a *fronteira do direito societário*¹⁴ representada pela impossibilidade teórica da sociedade com um único sócio, não parece adequado atacar as sociedades fictícias acusando-as de puro artifício para disfarçar um absurdo lógico, a *monstruosidade jurídica* vislumbrada por Trajano de Miranda Valverde.¹⁵ As indagações teóricas levantadas pelas sociedades fictícias não podem ser reconduzidas apenas a uma suposta violação do conceito de *sociedade*. O Direito é, afinal, ciência de normas; os conceitos exercem, nessa matéria, função puramente instrumental.¹⁶

Os questionamentos levantados pelas sociedades fictícias são, assim, muito mais profundos e técnicos, e dizem respeito a duas ordens de idéias: (a) a eventual existência de simulação de seu ato constitutivo, e (b) a verificação, nesse caso, de fraude à lei. Vejamos cada uma delas.

II — Simulação dos atos constitutivos

Embora a matéria societária insira-se num contexto de atividade — e não num de ato isolado, típico do direito civil — deve-se, ante a ausência de desenvolvimento legislativo sobre a disciplina da atividade, recorrer ao arcabouço já construído pela doutrina civilística como base nas indagações acerca da eventual existência de simulação em contratos e estatutos sociais.¹⁷

Nesse contexto, cumpre saber, em primeiro lugar, se a necessária presença do Estado para a válida personificação das sociedades impede a possibilidade de simulação de seus atos constitutivos, tal como proposto por Francesco Ferrara.¹⁸

14. Na feliz definição de Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*.

15. *Sociedades por Ações...*, cit., v. I, p. 196, nota de rodapé 16.

16. Antônio de Arruda Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias...*, cit., p. 80.

17. Cf. Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, p. 110.

18. *A Simulação nos Negócios Jurídicos*, p. 127.

Ainda que se admita que o reconhecimento estatal, expedido por meio do arquivamento dos atos constitutivos, seja essencial para a existência das pessoas jurídicas de direito privado (art. 45 do Código Civil), tal não desemboca na impossibilidade de simulação dos atos constitutivos das sociedades.

Isto porque, na constituição de sociedades por particulares, a intervenção do poder público destina-se apenas a conferir efeitos jurídicos a uma situação criada pelos próprios sócios.¹⁹ A presença do Estado não obsta, *per se*, a possibilidade de simulação dos atos constitutivos arquivados porquanto não representa uma colaboração ativa do ente público na consecução dos elementos que recebem o reconhecimento jurídico. Na precisa síntese de Antônio de Arruda Ferrer Correia,²⁰ a autoridade pública não é parte no processo de constituição das sociedades, de modo que, tendo havido acordo simulatório entre os sócios, nenhum requisito faltará à perfeição da simulação.²¹

Uma vez superada esta questão prévia, pode-se adentrar o tema desta segunda seção: a eventual simulação dos atos constitutivos das sociedades fictícias. Em formulação bastante elegante, Antônio de Arruda Ferrer Correia²² argumenta que embora o sócio de complacência deseje efetivamente a separação patrimonial advinda da constituição da sociedade, bem como aceite as regras fixadas no estatuto ou contrato social, faltar-lhe-ia a real intenção de constituir-se sócio da empresa e assumir, dessa forma, todos os direitos e obrigações advindos da sociedade contratada. Em razão desta suposta não assunção efetiva do *status socii* pelo *presta nome*, as socieda-

19. José Beleza dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, 2ª ed., p. 160.

20. *Sociedades Fictícias...*, cit., p. 37.

21. Em situação análoga, aponta Silvío Venosa que há simulação quando as partes declaram seu fingimento ao oficial público e este se limita a lavrar o ato (*Direito Civil*, v. 1, 3ª ed., p. 480).

22. *Sociedades Fictícias...*, cit., pp. 19 e 173.

des fictícias seriam simuladas para o autor ibérico.²³

Francesco Dominedò²⁴ também filia-se à tese da existência de simulação nas sociedades fictícias, e afirma que não se encontra presente o interesse do *homem de palha* de concorrer para a formação do fundo social, de auferir dividendos pelos resultados da empresa nem de cooperar na sua gestão; faltar-lhe-ia, em suma a *affectio societatis* que se exige para que sua participação seja considerada *efetiva*.²⁵ Francesco Dominedò vai um tanto além, e acusa de simulada, inclusive, a participação do sócio quase totalitário, que, segundo ele, também manifesta declaração divergente de sua real intenção: declara intenção de associar-se quando, em realidade, não deseja se tornar sócio de ninguém.

Contudo, não parece possível buscar eventual ilicitude das sociedades fictícias no caráter fiduciário da participação de alguns de seus sócios. Dizer que o *presta nome* não seja sócio efetivo, ou que tenham ele e o controlador emitido declarações diversas das queridas, consistem em argumentos frágeis demais.

Lembre-se que, na simulação, há uma discrepância entre a vontade das partes e a declaração por elas emitida, divergência querida e deliberadamente procurada pelos envolvidos. As partes buscam, por meio do ajuste simulado, a criação de uma *situação aparente*, destinada a enganar terceiros, subjacente à qual encontramos a *situação real* que corresponde aos efeitos a ao quanto efetivamente objetivado pelas partes.²⁶

Como muito bem anotado por Antão de Moraes²⁷ e José Xavier Carvalho de

Mendonça²⁸ acerca do negócio fiduciário, este é sério e real; não padece de simulação porque o fiduciário é, para todos os efeitos, legítimo proprietário dos bens transferidos, com a obrigação pessoal e não real, de respeitar a fidúcia ou confiança nele depositada. Não há que se falar em simulação porque *a transação realizada corresponde exatamente à vontade das partes*.²⁹ Mais: o negócio que aparece perante terceiros é exatamente o que fora celebrado, sem que haja a clivagem entre *realidade e aparência* que é essencial ao conceito de simulação.

Estes mesmos princípios valem para as sociedades fictícias. Nelas, tanto o controlador quanto o *presta nome* quiseram exatamente o que foi declarado, nada além ou aquém. Impossível dizer que o subscritor de complacência não seja sócio efetivo, ou que tenha emitido declaração diversa de seu verdadeiro intento. Veja-se que o *presta nome* tem efetiva e real intenção de integrar o quadro societário; têm-na, entretanto, como mero minoritário, com participação diminuta em comparação com o controlador. O mesmo raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para o controlador, que declara exatamente o que deseja: estruturar o controle da sociedade constituída em conjunto com o sócio de complacência de forma quase-totalitária e em seu favor.

Interessante apontar que o próprio Antônio de Arruda Ferrer Correia estabelece uma presunção de que o efetivo desembolso, pelo sócio de complacência, da parcela de capital por ele subscrita, ainda que de pequeno valor, inverteria a situação, estabelecendo que, em regra, não haveria simulação posto que “o mais natural será ele ter querido adquirir nessa hipótese, para futuramente exercer no seio da corporação, os direitos correspondentes à sua titulari-

23. Antônio de Arruda Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias...*, cit., p. 165.

24. “La costituzione fittizia delle anonime”, in *Studi in Onore di Cesare Vivante*, v. II, pp. 663-664.

25. “La costituzione...”, cit., v. II, p. 664.

26. Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 162.

27. *Problemas e Negócios Jurídicos*, v. I, p.

28. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, 1ª Parte, p. 85.

29. Antão de Moraes, *Problemas...*, cit., v. I, p. 386.

dade formal”.³⁰ Uma tal concessão equivale, em última análise, a admitir de fato a plena validade das sociedades fictícias.

O fato de o *presta nome* permanecer alheio à gestão da sociedade não influencia, de modo algum, seu *status* de sócio. Assume ele, malgrado sua pequena participação, todos os direitos e obrigações que cabem aos membros da pessoa jurídica.³¹ É preciso, afinal, entender que o *status socii*³² deriva da presença no quadro societário, e tem suas repercussões regulamentadas pela lei e pelos estatutos ou contrato social da pessoa jurídica.

Nesse sentido, irrelevante o fato de o sócio preocupar-se com atividade social, cooperando ativamente na empresa que constitui o objeto social da pessoa jurídica da qual participa, ou permanecer completamente alheio à ela, comportando-se como mero investidor de capital. Sobre ele incidirão todos os deveres de sócio, e ele poderá, no momento que desejar e independentemente da vontade do controlador, invocar todos os direitos que sua posição de sócio lhe garante.

Aliás, como apontado por Rachel Sztajn, há comprovação mais do que suficiente de que, apesar da existência de estímulos legislativos aos acionistas para que participem das assembléias, muitos deles não almejam senão permanecer como mero investidor ou especulador, “interessados apenas nos rendimentos que as ações podem produzir e não no poder político que elas

possam representar”.³³ Esta a razão, como também lembrado por Rachel Sztajn,³⁴ do sucesso na criação de ações preferenciais sem direito de voto, ou com tais direitos restritos.

Desconsiderar a presença do minoritário no quadro acionário (ou de quotistas) de qualquer sociedade, além de importar em presunção de má-fé daquele que já se encontra em desvantagem frente ao controlador, só poderia ser efetuada por presunções ou ficções legais, cuja aceitabilidade é, no mínimo, duvidosa, em razão do elevado grau de arbitrariedade que as reveste.

O que vem a lume, neste ponto, é que nas sociedades fictícias não há nenhuma dicotomia entre as declarações das partes e sua real intenção. O contraste que existe é entre a *função econômica típica do contrato de sociedade (servir a uma pluralidade de associados)* e a *função por ele desempenhada no caso concreto das sociedades fictícias (servir aos interesses de um sócio)*, como observado por Paolo Greco³⁵ e Tullio Ascarelli.³⁶ O que existe é, em boa verdade, *negócio indireto*, e não simulação.

Coube à sagacidade de Tullio Ascarelli a completa apreensão desse fenômeno, definido pelo doutrinador peninsular nos seguintes termos: “há negócio indireto sempre que as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado visando a alcançar através dele, consciente e consensualmente, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas”.³⁷

Com efeito, todo *negócio jurídico* é caracterizado por um *escopo típico* que se destina a realizar, hipótese em que se identificam precisamente suas causas econômica e jurídica. Muito embora a consecução do objetivo típico do negócio jurídico seja

30. Antônio de Arruda Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias...*, cit., p. 171, nota de rodapé 2.

31. Veja-se que tal fato não pode ser negligenciado, especialmente nas sociedades limitadas, em que todos os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social, nos termos do art. 1.052 do novo Código Civil.

32. O termo *status socii* é ora tomado no mesmo sentido proposto por Rachel Sztajn, como “a posição jurídica que o titular das ações [ou de qualquer outra participação societária] tem em relação à sociedade (como unidade) e aos demais membros dessa sociedade, em oposição à posição jurídica que têm as pessoas não-sócias” (*Contrato de Sociedade...*, cit., p. 47).

33. Rachel Sztajn, *idem*, *ibidem*, p. 78.

34. *Idem*, *ibidem*, p. 78.

35. “Le società di comodo i il negozio indiretto”, in *Riv. di Diritto Commerciale* 1/788-789.

36. “O negócio indireto”, in *Problemas...*, cit., 2001.

37. *Problemas...*, cit., p. 156.

normalmente o principal objetivo visado pelas partes, e represente, nessa ordem de idéias, o elemento comum a todas elas, nos negócios indiretos as partes vão além: pretendem, além dos efeitos típicos do negócio celebrado, também a consecução de um escopo ulterior, para cuja realização faz-se necessária a eficácia padrão do negócio celebrado.³⁸

A escolha do negócio a ser celebrado não é, obviamente, aleatória. As partes elegem e celebram o negócio cuja disciplina seja por elas querida. Assim, não há apenas submissão à forma do negócio, mas, também, às disposições legais que o regulamentam. É exatamente isto que justifica a remissão, no negócio indireto celebrado, ao negócio direto, tipificado no ordenamento jurídico: as partes desejam conscientemente afastar-se o menos possível do terreno conhecido do negócio direto, sujeitando-se no maior grau possível à sua disciplina.³⁹

Assim, nos negócios indiretos, as partes visam tanto os efeitos típicos do negócio celebrado, previsto em abstrato pelo legislador, quanto objetivos posteriores, exclusivos às partes que celebram o negócio naquele caso concreto. Há, aí, uma *dúplice convergência de vontade*, a afastar a idéia de simulação.

Também contribui ainda mais para dispersar a acusação de simulação a ausência da clandestinidade que é peculiar aos contratos simulados. Com efeito, enquanto na simulação a vontade real das partes fica oculta, dissimulada sob um manto de aparência, nos negócios indiretos, além da ausência de divergência entre a vontade das partes e suas declarações, inexistente a ocultação típica da simulação: o processo desenvolve-se, na expressão do próprio Tullio Ascarelli,⁴⁰ "à luz do sol, e não há homem experimentado que se engane sobre suas finalidades".

Os negócios indiretos, por sua vez, negócios jurídicos que são, poderão ser lícitos ou ilícitos, conforme estejam ou não em harmonia com o ordenamento jurídico. Em matéria de sociedades, tais limites de licitude dizem respeito às idéias de separação patrimonial e limitação de risco na atividade econômica, o que nos leva à terceira e última seção deste trabalho: a fraude à lei.

III — Fraude à lei

É bastante útil⁴¹ a distinção feita por Tullio Ascarelli⁴² entre dois tipos de normas: (i) aquelas que disciplinam somente o instrumento jurídico, sem qualquer preocupação com as finalidades perseguidas pelas partes, que podem dar guarida a *proibições de meio*; e (ii) aquelas que incidem sobre o resultado visado, qualquer que seja o meio utilizado para atingi-lo, que podem dar azo a *proibições de resultado*.

O mesmo Tullio Ascarelli,⁴³ acompanhado da doutrina já assentada,⁴⁴ leciona com muita precisão de que apenas no tocante à essas normas da segunda espécie, que contém proibições de resultado, é que se pode falar em *fraus legis* operada por meio do negócio indireto.

Assim, é preciso identificar, para o debate acerca da validade das sociedades fictícias, se os resultados últimos por elas atingidos são interditados pelo legislador nacional e ficam, desse modo, proibidos de serem atingidos por quaisquer meios. Im-

41. Na esteira de Genaro Carrió (*Notas sobre Derecho y Lenguage*, 4ª ed., p. 99) e Eros Grau (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 8ª ed., p. 65), adotamos a idéia de que classificações não são verdadeiras ou falsas, mas sim úteis ou inúteis.

42. *Problemas das Sociedades Anônimas...*, cit., p. 181.

43. Ascarelli, *Problemas...*, cit., p. 181, nota de rodapé 280.

44. Francesco Ferrara, *A Simulação nos Negócios Jurídicos*, p. 71; Paolo Greco, *Rivista di Diritto Commerciale* 1/781 e ss.; Antônio de Arruda Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias...*, cit., p. 275, nota de rodapé 1.

38. *Problemas...*, cit., pp. 172-173.

39. Ascarelli, *Problemas...*, cit., p. 171.

40. *Problemas...*, cit., p. 180.

porta saber, para testar a validade das sociedades de favor, se há normas de resultado⁴⁵ no ordenamento nacional que importem em (a) impossibilidade de segregação patrimonial ou (b) necessária ilimitação do risco do empresário individual, o que tornaria estas pessoas jurídicas apenas um artifício para alcançar uma finalidade interdita pelo legislador.

Tanto a questão da segregação patrimonial quanto a discussão acerca da limitação do risco do comerciante individual tem, como raiz comum, o princípio fundamental de toda organização do crédito,⁴⁶ segundo o qual o patrimônio do devedor constitui a garantia comum dos credores e que restou expressamente consagrado pelo direito brasileiro no art. 957 do Código Civil e no art. 591 do Código de Processo Civil.

No tocante à possibilidade de segregação patrimonial, é digna de nota a opinião de Sylvio Marcondes,⁴⁷ para quem a coexistência no direito nacional da herança e do patrimônio (ambos *universitas juris*) sob a titularidade de uma mesma pessoa, é suficiente para que seja admitida a existência de patrimônios diversos na titularidade de um mesmo sujeito de direito. A personalidade subsiste, como suporte lógico do patrimônio, não sendo possível a existência de patrimônio sem titular. Contudo, tal não implica no endosso de todos os rígidos princípios que decorrem da doutrina per-

sonalista clássica, isto é, a indivisibilidade e unicidade do patrimônio.⁴⁸

Em primeiro lugar, a concepção adotada pelo ordenamento brasileiro é digna de aplauso porquanto mantem-se em linha com os mais tradicionais conceitos civilísticos. Com efeito, é a identidade de sujeito que funciona como elemento unificador da massa patrimonial, e não sua destinação a um determinado fim, bem como a tutela prescrita pela lei nacional conserva o conceito de patrimônio como universalidade de direito.⁴⁹ De fato, no ordenamento brasileiro, a teoria do patrimônio subsiste personalista, uma vez que a sede deste continua a ser a personalidade; somente pessoas, físicas e jurídicas, podem ser titulares de patrimônio. Pode-se também concluir que todas as pessoas têm, *pelo menos*, um patrimônio,⁵⁰ onde deverão ingressar todas as posições jurídicas, ativas e passivas, simples e complexas, de que o sujeito seja ou venha a ser titular: o denominado *patrimônio geral*.⁵¹

Contudo, mais que isso não se pode afirmar. Frente ao direito nacional, a proposição de que a personalidade é o suporte lógico do patrimônio não pode ser interpretada de molde a obter como resultado a imperatividade de que, a um mesmo titular, deva corresponder apenas um único patrimônio (os assim chamados princípios da indivisibilidade e unicidade do patrimônio).

Absolutamente precisa, nesse sentido, a observação já traçada por Clóvis Bevilá-

45. Ressalte-se apenas que, nesse tema, as normas de meio dizem respeito à constituição da sociedade e regular arquivamento de seus atos constitutivos. Como a constituição das sociedades advém de um critério absolutamente formal, qual seja, o arquivamento de seus atos constitutivos no registro competente, conforme se depreende da leitura do art. 45 do Código Civil e também da análise da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), as normas de meio serão sempre observadas ou o arquivamento do ato constitutivo da sociedade será indeferido e, via de consequência, a própria criação do novo sujeito de direito não terá ocorrido.

46. Sylvio Marcondes, *Problemas de Direito Mercantil*, pp. 88-89.

47. Idem, p. 91.

48. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., p. 52 e Sylvio Marcondes, *Problemas...*, cit., p. 92.

49. Paulo Cunha, *Do Patrimônio*, n. 34, pp. 89-90.

50. Como bem advertiu Caio Mário da Silva Pereira, apenas "em estado de natureza, com abstração da vida social, é possível conceber-se o indivíduo sem patrimônio" (*Instituições de Direito Civil*, v. I, 15ª ed., p. 247).

51. Conforme definição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 5, Parte Geral, 2ª ed., p. 379).

qua,⁵² segundo a qual a regra geral de que a cada pessoa corresponde um único patrimônio não significa impossibilidade de criação de patrimônios distintos para um mesmo sujeito de direito, assim denominados *patrimônios especiais*, porquanto "o direito permite a divisão delle [o patrimônio], para satisfazer a necessidades de ordem prática".⁵³⁻⁵⁴

O direito brasileiro, aliás, é fértil em exemplos. Além da aceitação da herança, que em nosso ordenamento só pode ser a benefício de inventário (arts. 1.792 e 1.821 do Código Civil), veja-se os casos da comunhão matrimonial de bens (arts. 1.667 e ss.), do patrimônio do ausente (arts. 22 e ss.), da herança jacente (arts. 1.819 e ss.) e da aceitação da herança pelos credores do renunciante (art. 1.813). Há, ainda, duas grandes inovações trazidas pela promulgação da Lei 10.406/2002. A primeira delas encontra-se no art. 974 e seu § 2º, que põem a salvo do exercício da empresa os bens anteriormente detidos pelo incapaz e que sejam estranhos ao acervo da atividade; a segunda foi objeto do art. 978, que dispensa a outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, para alienação ou oneração de imóveis afetados ao exercício de atividade econômica.

Assim, o direito brasileiro não parece ter considerado a criação de massas patrimoniais com direitos e obrigações próprios como um resultado em si mesmo proibido. Apenas exige-se que seja essa segregação

52. *Código Civil dos Estados Unidos da Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, pp. 290-291.
 53. Clóvis Beviláqua, idem, ibidem.
 54. No mesmo sentido: Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 3ª ed., n. 194; Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, 2ª ed., pp. 56-57; na doutrina alienígena, sob seus respectivos ordenamentos jurídicos, posicionam-se favoravelmente à existência de patrimônios especiais Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, 2ª ed., p. 416; Francesco Messineo, *Manuale*, v. 1, § 26, n. 2, pp. 223-224; e Francesco Ferrara, *Treatato di Diritto Civile Italiano*, v. 1, pp. 877-878 e Paulo Cunha, *Do Patrimônio*, ns. 183-192. Contra: Tullio Ascarelli, *Problemas...*, cit., p. 215.

Bastante interessante é a formulação de Francesco Messineo⁵⁵ de que se deve referir à noção de *patrimônio autônomo*, e não à ideia de patrimônio especial, quando se tenha em mira não o destaque de um núcleo de bens, que continua a pertencer ao mesmo titular, mas a formação, com elementos tirados de outro ou outros patrimônios, de um patrimônio novo e independente, com *sujeto próprio ou, pelo menos, finalidades próprias*, sobre o qual incidirão direitos e obrigações autônomos. É precisamente este o caso da constituição de sociedades (pútopessoais e unipessoais), bem como a criação de fundações.

De modo semelhante ao que ocorre com os patrimônios especiais, e pelas mesmas razões, a criação de um patrimônio autônomo também não parece ter sido objeto de proibição de resultado por parte do legislador. Exige-se apenas que tal providência seja obtida pela lei, ou na forma que esta disciplinar. É o que ocorre nas sociedades fictícias, cujos sócios valem-se de um instrumento já constituído pela lei para obter a criação de um novo sujeito de direito, destinado a limitar o risco a que estaria sujeito o controlador quase totalitário caso se lançasse a atividade econômica sob empreisa individual. O que resta por investigar é se tal intuito é colhido por alguma proibição de resultado no direito brasileiro, o que nos leva à noção de limitação da responsabilidade do empresário individual.

Preliminarmente, convém anotar que a limitação da responsabilidade do empresário individual seja pela via societária com a admissão da sociedade unipessoal, seja pela via não-societária, com a possibilidade de criação de um patrimônio especial, consiste na última fase de evolução da noção jurídica de responsabilidade, como mi-

55. Pontes de Miranda, *Tratado...*, cit., v. 5, Parte Geral, 2ª ed., p. 368.
 56. *Manuale di Diritto Civile e Commerciali*, v. 1, 8ª ed., § 26, n. 4, p. 224.

to bem elucidado por Ricardo Alberto Santos Costa.⁵⁷ O devedor, que originariamente respondia com sua vida, passou posteriormente a responder apenas com sua liberdade, e mais tarde com todo o seu patrimônio. Atualmente, quando se trate de comerciante coletivo, a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor do capital social, para as sociedades limitadas, ou ao valor do lote de ações subscritas, quando se tratar de companhia.

Ao admitir as sociedades com responsabilidade limitada, a subsidiária integral, a empresa pública unipessoal e a unipessoalidade transitória, o direito nacional deixa entrever que se encontra em linha com essa evolução, e não avesso à limitação do risco na atividade empresarial.

É correto entender, na esteira de Tullio Ascarelli⁵⁸ e Antônio de Arruda Ferrer Correia,⁵⁹ que a limitação da responsabilidade do empresário individual não consiste em um resultado em si mesmo proibido pelo legislador. Apenas sucede não estar criada a forma jurídica que torne possível obter tal resultado diretamente.

A questão se coloca, em suma, como uma pura e simples ausência de meios diretos de obter tal limitação, sendo legítima a utilização indireta de qualquer dos instrumentos já admitidos para tanto. Estamos, assim, diante de uma "simples deficiência do sistema legislativo, explicável pelo fenômeno da inércia jurídica".⁶⁰ Aliás, é nesse contexto de *inércia jurídica* que o negócio jurídico indireto se insere, como uma espécie de "ponte de passagem histórica",⁶¹ a fornecer um meio destinado à evolução histórica do direito, via aproximações sucessivas, de molde a prover à partes instrumen-

tos aptos à satisfação das novas e diversas situações da vida.⁶²

É preciso ainda lembrar que a admissão das sociedades fictícias não significa nenhum agravamento dos riscos aos credores já admitidos pelo ordenamento jurídico. Trata-se, em essência, do mesmo risco que já existe pela permissão da constituição de sociedades personificadas com responsabilidade limitada.

Com efeito, a existência do *relevo real* na integralização do capital social de qualquer sociedade personificada, conforme nos dá notícia Rachel Sztajn,⁶³ implica eficácia *erga omnes* da passagem de tais bens do patrimônio do sócio à titularidade da sociedade. Em conseqüência, os bens conferidos deixam de responder pelas dívidas do sócio e passam a constituir a garantia dos credores sociais; em contrapartida, o sócio recebe as partes em que se divide o capital social (ações ou quotas) correspondentes à entrada efetuada, restando a seus credores promover a constrição sobre os títulos de participação recebidos pelo devedor.

Por questão de justiça e coerência, se a limitação do risco no exercício da empresa fosse digna de repugnância pelo ordenamento jurídico, nada justifica que o legislador a tivesse proibido aos empresários individuais e admitido aos acionistas e quotistas.⁶⁴

IV — Conclusões

Afinal, pode-se concluir que as sociedades fictícias não padecem que qualquer

62. Idem, p. 189. Nas palavras desse mesmo autor "novas exigências, de início satisfeitas indiretamente, mediante negócios disciplinados à vista de exigências diversas, acabam por poderem ser satisfeitas, diretamente, por meio de novos negócios que as levam diretamente em conta" (idem, *ibidem*).

63. *Contrato de Sociedade*..., cit., p. 38.

64. É essa mesma indagação que lança mão Trajano de Miranda Valverde para justificar a admissão do *estabelecimento autônomo* por ele proposto ("Estabelecimento autônomo", in *RF XCVI*, p. 577).

57. *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, p. 127.

58. *Problemas...*, cit., p. 217.

59. *Sociedades Fictícias...*, cit., p. 256.

60. Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias...*, cit.,

p. 175.

61. Ascarelli, *Problemas...*, cit., p. 189.

vício que lhes atinja o plano da validade. Não existente na sua constituição nenhuma divergência entre a vontade das partes e suas declarações. Os participantes que nela tomam parte querem o negócio nos exatos e precisos termos em que foi celebrado de forma que a sociedade constituída é real e efetivamente querida por todos os contratantes, nos exatos termos do contrato firmado. Não fosse suficiente, também não se encontra, na constituição de sociedade de favor, a clandestinidade que é peculiar aos contratos simulados.

Dessa forma, a constituição das sociedades fictícias representa hipótese de negócio indireto. E hipótese lícita, uma vez que não existe, em nosso ordenamento, nenhuma proibição *de resultado* no tocante à segregação patrimonial ou limitação de risco do empresário individual. A questão coloca-se como pura e simples ausência de meios diretos para obter tais resultados, que o negócio indireto vem a suprir temporariamente, até que o legislador digne-se a tratar do assunto.

A validade das sociedades fictícia não pode, obviamente, representar uma espécie de salvo conduto para a perpetração de fraudes contra terceiros. Como já concluíra Wilson de Souza Campos Batalha,⁶⁵ na criação de sociedades com o *exclusivo* intento de fraude, representando essa constituição simplesmente o processo escolhido para causar a terceiros um prejuízo econômico, não mais subsistirá obstáculo ao levantamento da forma utilizada.

Trata-se, em outras palavras, da verificação de *abuso de forma*, a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, de resto aplicável em qualquer hipótese de utilização das formas societárias para a fraude a terceiros, e que não é exclusivada das sociedades fictícias. Irrespondível a proposição de Vittorio Salandra⁶⁶ de que, contra as fraudes, mesmo no domínio par-

ticular da sociedade fictícia, valem os remédios ordinários do direito comum.

Assim, a disciplina mais correta em matéria de sociedades de favor consiste na sua admissão, cuidando-se de prevenir abusos por parte do controlador. Deve-se, em especial, evitar a confusão patrimonial entre a sociedade e seu controlador e, quando inevitável ou já ocorrida essa confusão, uma aplicação inteligente da *disregard doctrine*⁶⁷ parece suficiente para corrigir os desvios eventualmente verificados.

V — Bibliografia

- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas, Bookseller, 2001.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Direito Processual Societário*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguage*. 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo, Freitas Bastos, 1963.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a Lei das S/A*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- COSTA, Ricardo Alberto Santos. *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*. Coimbra, Almedina, 2002.
- CUNHA, Paulo. *Do Patrimônio*. Lisboa, Minerva, 1934.
- DOMINÈDÒ, Francesco. "La costituzione fittizia delle anonime", in *Studi in Onore di Cesare Vivante*. v. II, Roma, Foro Italiano.

67. Atualmente, a *disregard doctrine* encontra-se contemplada expressamente pelo art. 50 do Código Civil, mas já era aplicada por nossos tribunais há algum tempo. A esse respeito, Rubens Requião, "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", in *RT* 410, *RT* 650/109, *RT* 654/182.

65. *Direito Processual Societário*, 2ª ed., p.

378.

66. *Società Commerciali*.

- FERRARA, Francesco. *A Simulação nos Negócios Jurídicos*. Campinas, Redlivros, 1999.
- _____. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. v. 1.
- FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1957.
- FERRER CORREIA, Antônio de Arruda. *Sociedades Fictícias e Unipessoais*. Coimbra, Atlântida, 1948.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- GRECO, Paolo. "Le società di comodo i il negozio indiretto", in *Riv. di Diritto Commerciale* I/788-789, 1932.
- MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo, Max Limonad, 1970.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 25ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale*, v. 1.
- MORAIS, Antão de. *Problemas e Negócios Jurídicos*. v. I, São Paulo, Max Limonad, s/d.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., 2ª reimpr., São Paulo, Saraiva, 1984.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1991.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.
- _____. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", in *RT* 410.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 1988.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed., Campinas, Bookseller, 1999.
- SALANDRA, Vittorio. *Società Commerciali*. Turim, Torinese, 1938.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- SANTOS, José Beleza dos. *A Simulação em Direito Civil*. 2ª ed., São Paulo, Lejus.
- SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações (Comentários ao Decreto-lei 2.627, de 26 de setembro de 1940)*. v. I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1941.
- _____. "Estabelecimento autônomo", in *RF* n. XCVI, p. 577.
- VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. v. 1, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.