

BARBOSA, MUSSNICH & ARAGÃO  
Biblioteca - SP

Tullio Ascarelli

Catedrático na Universidade de Bolonha – Professor contratado pela Faculdade  
de Direito de São Paulo



PROBLEMAS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS  
E DIREITO COMPARADO

1ª edição

2001

**BOOKSELLER**  
EDITORA E DISTRIBUIDORA

CAMPINAS - SP

ressalta, quer da substancial uniformidade do direito comercial nos vários países, quer da recepção do direito comercial da Europa continental, por parte do direito inglês, apesar de não ter, este direito, acolhido o direito romano comum), que já levava Scaccia a afirmar ser o direito comercial *de jure gentium*; a sua progressiva unificação com o direito comum, de modo que, desde a metade do século XIX, se duvida (mesmo nos direitos de base romanista; no anglo-saxão, com efeito, a unificação entre direito comercial e direito civil realizou-se, a começar pelo fim do século XVII) da utilidade da distinção entre direito civil e direito comercial, se suprime, em muitos países, a particular jurisdição mercantil e, mesmo independentemente de uma unificação formal, se realiza, praticamente, uma progressiva aproximação do direito comercial e do direito civil das obrigações; os seus problemas atuais em relação às transformações económicas decorridas do desenvolvimento da grande indústria desde o fim do século findo.

A função do direito comercial, no desenvolvimento histórico dos direitos de base romanista desde o século XII, quanto à elaboração de novos princípios e novos institutos, pode ser aproximada à função que é sempre peculiar dos direitos especiais. Estes preenchem o papel de elaborar, em relação a hipóteses peculiares, princípios que, sucessivamente, vêm a ser de aplicação geral. Sob este aspecto, a função histórica do direito comercial pode ser aproximada à do *jus honorarium* e da *equity*.

## II

### O Negócio Indireto<sup>221</sup>

#### 1. Inércia jurídica

O direito evolve, às vezes, lenta, mas continuamente; os novos institutos não surgem de improviso, mas se destacam, às

221. O presente estudo foi publicado nos *Studi in Onore di Vivante*, Roma, 1931; os artigos de lei citados são, por isso, os dos Códigos italianos de

1865 (Código Civil) e de 1882 (Código de Comércio). Cf., posteriormente à publicação dele e em sentido conforme à orientação sustentada: Alessi, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1935, I, 5; Asquini, *Diritto del Lavoro*, 1930, I, 338; Auletta, *Il Contratto di Società Commerciale*, Milão, 1936, e verbe *Consorzio* em *Nuovo Digesto Italiano*; Brosio, *Foro Italiano*, 1934, I, 1.867; Calamandrei, *Rivista di Diritto Processuale*, 1931, I, 50; Candian, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, e *Temi Emiliana*, 1931, II, 69; Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, Padova, 1933; Carnelutti, *Lezioni Esecuzione*, III, 318, e *Rivista di Diritto Commerciale* 1939, I, 13 (com referência aos consórcios constituídos como sociedades anônimas); Di Gennaro, *Contratti Misti*, Catânia, 1934 (concordando na construção geral, mas dissentindo quanto à hipótese da sociedade com um só acionista); Ferri, *Foro Italiano*, 1934, I, 1.113 e 1936, IV, 66; Greco, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, I, 757; Osti, verbe *Contratto* (nº 30) em *Nuovo Digesto Italiano*; Pellegrini, *Rivista Italiana Scienze Giuridiche*, 1933; Pugliatti, *Istituzioni di Diritto Civile*, Milano, 1933, I, p. 395; Ravà R., *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, I, 322; Romano Salv., *La Revoca*, p. 208 e p. 223, Milão, 1936; Rubino, *Il Negozio Indiretto*, Milão, 1938; Weiller, *Foro Italiano*, 1935, I, 1.067; Vassalli, *Sommario delle Lezioni sul Negozio Giuridico*, p. 50. Parcialmente com a mesma orientação: Cicu, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, II, 141; Franceschelli, *Il Trust*, Padova, 1934, p. 12 e p. 14; Graziani, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, I, 414; Grasseti, *L'interpretazione del Negozio Giuridico*, Padova, 1936, e *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936; incerto De Gregorio *Società*, Turim, 1938. Em sentido contrário: Butera, *Simulazione*, Torino, 1936, p. 137; Dominedó, *Anonime Apparenti*, Roma, 1931; Messineo, *Le Società di Commercio Collegate*, Padova, 1932 (quanto à aplicação em matéria de sociedade com um só acionista); Santoro Passerelli, *Foro Italiano*, 1931, I, 176. Na jurisprudência italiana, em sentido favorável, cf. *Cass. Regno*, 16 de abril de 1931, *Foro Italiano*, 1931, I, 927; 25 de novembro de 1931, nº 3.714, *Foro Italiano*, 1932, I, 663; 7 de março de 1932, nº 812, *Massimario Foro Italiano*, 1932, 167; 8 de abril de 1936, *Foro Italiano*, 1936, I, 778; 4 de agosto de 1936; *Foro Italiano*, 1936, I, 1.388; (Comm. Centrale Imposte), 11 de janeiro de 1933, *Foro Italiano*, 1933, III, 43; 7 de março de 1934, nº 60.734; App. Roma, 5 de julho de 1930, *Foro Italiano*, 1931, I, 129; 31 de julho de 1933, *Foro Italiano*, 1934, I, 184; App. Gênova, 22 de julho de 1935, *Foro Italiano*, 1936, I, 233; App. Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro Italiano*, 1933, I, 835; 15 de janeiro de 1935, *Monitore Trib.*, 1935, 420; 13 de janeiro de 1936, *Foro Italiano*, 1936, I, 233. A tradução atual leva em conta os estudos acima citados bem como alguns escritos de minha autoria publicados sobre o mesmo assunto, posteriormente a 1930, para esclarecer os conceitos deste estudo; descuidei, no entanto, de um exame completo da literatura posterior à primeira publicação deste estudo e de uma revisão completa dele.

vezes, aos poucos do tronco de velhos institutos que sem cessar se renovam, preenchendo novas funções. É através dessa contínua adaptação de velhos institutos a novas funções que o direito, às vezes, se vai desenvolvendo; não raro, ostentando, então, a história do seu passado, nas formas, que permanecem idênticas, a despeito da renovação das funções.

Quanto mais gradativamente um sistema jurídico evolui, tanto mais notável é esse fenômeno que poder-se-ia quase denominar inércia jurídica.

O direito romano, no mundo antigo, e o direito anglo-saxônio, no mundo moderno, oferecem disso uma demonstração particularmente eloqüente<sup>222</sup>.

Como notava Holmes, "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 past"<sup>223</sup>. É desnecessário lembrar as geniais pesquisas de Bonfante sobre o sentido da eventual desarmonia entre estrutura e função de um instituto jurídico.

Qualquer que seja a origem histórica de um determinado instituto e a sua justificativa originária, com freqüência ele, no seu desenvolvimento, apresenta-se capaz de novas funções e aplicações, embora conservando elementos da sua estrutura originária.

Em qualquer sistema jurídico, podem-se, talvez, distinguir em um determinado momento histórico elementos que têm origem no passado e elementos que, ao contrário, visam a modificar

222. Mostram-no, de fato, os romanistas. Assim, Savigny, *Zum Beruf etc.*, p. 32, 3ª ed., 1840 (p. 19, reed. de 1892); Ihering, *Geist*, § 68. No mesmo sentido, os estudiosos do direito inglês, por exemplo, Blackstone, no começo do seu célebre comentário. Savigny e Ihering, ilustrando esse fenômeno quanto ao direito romano, notam, oportunamente, que a ele se devem reconduzir as ficções legislativas, freqüentes nos direitos antigos, e conhecidas, também, nos sistemas modernos. O direito anglo-saxônio, com a sua rica casuística nesse domínio, mostra a generalidade do fenômeno.

223. *Common Law*, edição Boston, 1938, p. 1.

uma situação preexistente; os primeiros têm quase que um caráter consuetudinário; nos segundos, ao contrário, encontramos mais nítidas as orientações dominantes nos diversos períodos.

## 2. Sua função

A inércia jurídica, a que aludi, não é somente o fruto de um misoneísmo, às vezes peculiar aos ambientes jurídicos, mas se prende, também, ao intuito de conciliar<sup>224</sup> as novas exigências da vida prática, com a certeza e segurança da disciplina jurídica, com a "continuidade" do desenvolvimento histórico do direito (o que se prende à função conservadora que, sob um certo aspecto, é sempre própria do direito constituído e da jurisprudência). A satisfação das novas exigências já se verifica, às vezes, lenta e gradualmente, de modo a não comprometer a continuidade do sistema e a certeza da norma jurídica aplicável.

As novas necessidades são, então, satisfeitas, mas o são com velhos institutos. Nessa adaptação, a nova exigência é satisfeita através de um velho instituto que traz consigo as suas formas e a sua disciplina, e oferece à nova matéria, ainda em ebulição, um velho arcabouço já conhecido e seguro. As velhas formas e a velha disciplina não são abandonadas de chofre, mas só lenta e gradualmente, de maneira que, muitas vezes, por longo tempo, a nova função vive dentro da velha estrutura, e assim se plasma, enquadrando-se no sistema<sup>225</sup>.

Pode isto contrariar a simetria e a estética do sistema, mas oferece, às vezes, a vantagem da conciliação de progresso e conservação, da satisfação de novas exigências, respeitadas a continuidade do desenvolvimento jurídico e a certeza de disciplina decorrente da utilização de institutos já conhecidos, que já foram objeto

224. O que não deve, porém, fazer esquecer as exigências de renovação e racionalização. Cf. Radbruch, *Filosofia de Direito*, trad. port., São Paulo, 1940, p. 132.

225. Cf. análogas observações em Holmes, *Common Law*, ed. Boston, 1938, pp. 1 ss.; pp. 35 ss. e, sob outro ponto de vista, Thorstein Veblen, *The Theory of the Leisure Class*, ed. Modern Library, p. 191.

de elaboração por parte da doutrina e da jurisprudência, sujeitos à prova da experiência e, por esta, moldados.

### 3. Negócios indiretos

Manifestação típica deste processo apresenta o fato de a ele recorrerem os particulares na atividade negocial, sendo este o lado da questão para o qual me permito chamar a atenção.

É muito freqüente encontrar, nos vários sistemas jurídicos, *negócios indiretos*; as partes recorrem a um determinado negócio jurídico, mas o escopo prático visado não é, afinal, ao normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso, muitas vezes análogo àquele de outro negócio ou sem forma típica própria no sistema jurídico.

Há, pois, um 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<sup>226</sup>.

Mas a adoção de determinado negócio, para escopos indiretos, não é feita por acaso: tem explicação no intuito de se sujeitarem as partes, não somente à forma, mas também à disciplina do negócio adotado<sup>227</sup>.

226. Do negócio indireto tratam Ennecerus, *Rechtsgeschaefte*, p. 33; Kohler, *Ihering's Jahrbuecher*, XVI, p. 140; Regelsberger, *Pandekten*, p. 519; amplamente, Ihering, § 52 e § 68; Ferrara, *Negozi Fiduciari*, in *Studi Scialoja e Simulazione* (V. ed.), pp. 56 ss. Ihering opina, entretanto, que os negócios indiretos não constituem senão o desenvolvimento dos simulados; Ferrara limita a categoria dos negócios indiretos lícitos aos fiduciários e aos simbólicos. Explicação mais vasta é a de Messina, *Negozi Fiduciari*, Milão, 1910, n.º 19. O estudo fundamental, no domínio histórico é, a meu ver, o de Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschaefte*, *Zeitschrift Savigny*, 1907 e 1908, vols. 27 e 28.

227. Rabel fala, por isso, de *nachgeformte Rechtsgeschaefte*. Adotei a denominação negócios indiretos, por me parecer ser essa a terminologia agora mais conhecida na Itália, após as observações de Ferrara e de Messina. Seria, talvez, mais exato falar de *negócio com fins indiretos*.

Esta se estende, assim, a hipóteses para as quais não fora estabelecida, a princípio. O velho negócio, através desse uso indireto, preenche novas funções, responde a novos objetivos.

O direito antigo<sup>228</sup> é, nesse sentido, particularmente rico de exemplos e, com efeito, são os estudiosos de história do direito que, segundo sei, mais acuradamente estudaram o fenômeno.

No direito romano, por exemplo, devem considerar-se sob esse aspecto numerosas hipóteses, a propósito das quais se encontram, nas fontes, as expressões *imaginarius*, *dicis gratia*.

Sabe-se que alguns institutos do direito romano podem ser considerados também desse ponto de vista. Cito, por exemplo, os casos conhecidíssimos da *acceptilatio* e da *mancipatio*: *imaginaria solutio* e *imaginaria venditio*, segundo a expressão das fontes.

Às vezes, o negócio indireto é, por seu turno, usado para uma nova finalidade inicialmente estranha, não só à sua função primitiva, mas também à sua função de negócio indireto: temos, então, formações de segundo e de terceiro grau. Desse modo, no direito romano, a *mancipatio* serve para a *coemptio*, e a *coemptio*, por sua vez, serve para a constituição da tutela fiduciária da mulher<sup>229</sup>.

Um processo análogo pode ser encontrado no desenvolvimento histórico do *use* e do *trust* no direito anglo-saxônico<sup>230</sup>.

Não menos numerosos são os exemplos no antigo direito germânico: a venda como instrumento para o matrimônio e a

228. Quanto ao direito antigo, em geral, cf. o citado estudo de Rabel; quanto à prática helenística, cf. Kuebler, *Zeitschrift Savigny Rom. Abt.*, 1908 (vol. 29), com particular referência ao empréstimo e ao depósito.

229. Não creio, porém, se possam incluir nessa categoria os casos em que o juiz exerce uma simples atividade de jurisdição voluntária. Concordo, por isso, com Rabel (*op. cit.*, vol. 28, p. 347), quando exclui a *in jure cessio* (desde que, naturalmente, se construa do mesmo modo que Rabel, *op. l. cit.*, seguindo Wlassack, *Zeitschrift Savigny*, 1905), assim como as hipóteses assinaladas por Brunner nos plácitos francos.

230. Refiro-me, no texto, ao instituto geral do *trust* do direito anglo-norteamericano; não àquela sua particular aplicação na formação de monopólios que sói, com freqüência, ser indicada com este nome.

adoção; a adoção como instrumento para a nomeação do herdeiro; a cessão do direito como instrumento para a representação, cessão que constitui quase o inverso da procuração processual romana como instrumento para a transferência do direito.

Campo particularmente rico é o do processo, quando usado como instrumento para a constituição, e não para a averiguação do direito.

A um processo indireto ou, se se quiser, aparente corresponde, em sua origem, a prática medieval italiana dos instrumentos *confessionati* e *guarentigiati*; é um processo indireto o que se pode achar na origem de práticas que sucessivamente se desenvolvem sob a forma da jurisdição voluntária<sup>231</sup>.

Um exemplo interessante de processo indireto é oferecido pelo direito inglês no *common recovery*. Nesse processo, o adquirente, para assegurar-se completamente da aquisição, citava o vendedor, aceitando, porém, como fiador, um testa-de-ferro insolvável: este, sucessivamente, não comparecia em juízo, de maneira que o adquirente obtinha uma sentença de condenação contra um réu contumaz. Com o tempo, naturalmente, esse complicado processo se veio aos poucos modificando, até dar lugar a uma especial e complicada ata judicial<sup>232</sup>.

No século passado, no direito vigente em Baden, subsistia ainda um exemplo de processo aparente no *jugement convenu*, meio indireto de constituição em garantia<sup>233</sup>. De um modo geral, ainda agora, na França, se fala de *jugement convenu*, discutindo-

231. Assim na *recognizance* inglesa e nos instrumentos *confessionati* da Idade Média italiana.

232. Cf. Holdsworth, *History of English Law*, vol. III, p. 211, onde se nota, também, o caráter fraudulento, originariamente considerado nesse processo, e se ilustram os seus fins; Radin, *Anglo-American History*, St. Paul Minn., 1938, p. 399. Bentham, em suas numerosas obras destinadas a alcançar uma simplificação e uma reforma do direito inglês vigente no seu tempo, aduz numerosos exemplos desse gênero, alguns dos quais muito pitorescos.

233. Rabel, *op. cit.*, vol. 28, p. 349.

se a possibilidade de submetê-lo à disciplina das sentenças<sup>234</sup>. Os exemplos desse gênero poderiam multiplicar-se<sup>235</sup>.

#### 4. Negócios indiretos e negócios fiduciários

Aprofundando o exame, reconheceremos poder incluir, na categoria dos indiretos, também os negócios fiduciários, tão comuns em todos os direitos e freqüentes, também, nos sistemas jurídicos mais modernos<sup>236</sup>.

Também o negócio fiduciário constitui um negócio indireto: o fim realmente visado pelas partes, com efeito, não corresponde ao fim típico do negócio adotado: o negócio é querido e seriamente querido pelas partes<sup>237</sup>, mas para fim diverso do seu fim típico.

A característica do negócio fiduciário decorre do fato de se prender a uma transmissão da 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<sup>238</sup>. Ao passo que os efeitos de direito real,

234. Planiol, *Traité el.*, vol. II, nº 1.163.

235. De processo aparente, simulado, fraudulento, falou-se, recentemente, a respeito do processo Pecoraino. Carnelutti, *Studi di Diritto Processuale*, vol. II, p. 15, justamente distingue as várias hipóteses, embora não acentue a diferença entre processo simulado e processo indireto (aparente) e a analogia entre processo indireto e processo fraudulento.

236. Cf., a respeito, os estudos já citados de Ferrara e de Messina.

237. A distinção entre negócio simulado e negócio fiduciário, já conhecida na literatura pandectista, foi particularmente cuidada, na doutrina italiana, por F. Ferrara, nos estudos citados. Na Alemanha, cf. o capítulo correspondente; no conhecido tratado da parte geral do BGB, por von Tuhr, com as referências ulteriores.

238. Essa convenção, na chamada fidúcia de tipo romano, tem apenas um valor obrigacional, sendo, por isso, em princípio, inoponível aos terceiros. Discute-se, no entanto, se esta premissa deve ser rigorosamente seguida quanto a todas as conseqüências que dela decorrem ou, se, ao contrário, em alguns casos (por exemplo, falência) não tem a convenção um alcance

isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente a restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito).

Mas os efeitos de direito real do negócio, são, eles também, queridos e seriamente queridos pelas partes, que, na falta deles, nem poderiam alcançar o fim último visado<sup>239</sup>; a realização deste não contraria, mas pressupõe a do fim típico do negócio adotado.

Assim, num caso típico de negócio fiduciário, como, por exemplo, a transferência da propriedade para fins de garantia<sup>240</sup>, a transmissão é efetivamente desejada pelas partes, não porém para um fim de troca, mas para um fim de garantia.

Em sua evolução histórica, os negócios fiduciários tendem, paulatinamente, a dar lugar a novos tipos de negócios, cujos escopos típicos são constituídos precisamente pelos escopos fiduciários dos negócios dos quais derivam e que aos poucos vão assumindo uma forma apropriada a tais fins.

Assim é que, quase com certeza no direito inglês e, provavelmente, no germânico e no grego, a hipoteca encontra sua origem numa venda com fins de garantia.

##### 5. Outros casos de negócios indiretos

Os negócios fiduciários não constituem, porém, o único exemplo de negócios indiretos<sup>241</sup>. Nem deve, o exemplo típico dos

maior. Quanto à natureza do *trust* inglês e ao seu caráter real ou obrigacional, cf. Maitland, *Equity*, ed. Cambridge, 1936 ss.; Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1929, pp. 65 ss.

239. O que ressalta evidente nos casos em que o negócio é fraudulento.

240. Uma das mais freqüentes e recentes aplicações da mesma é aquela que tem lugar no chamado crédito contra documentos. O devedor, nessas hipóteses, transfere ao credor a mercadoria mediante o endosso dos títulos representativos (por exemplo, do conhecimento), mas a transferência efetua-se para fins de garantia.

241. Ao contrário do que, implicitamente, opina Ferrara.

negócios indiretos, ser procurado nos atos simbólicos, que, embora representando negócios indiretos no início de sua evolução histórica<sup>242</sup>, acabaram por constituir atos abstratos, sujeitos a uma disciplina jurídica própria. Refiro-me, por exemplo, aos numerosos casos do direito romano, como a *mancipatio* e a *acceptilatio*.

O campo típico<sup>243</sup> dos negócios indiretos deve ser procurado, ao contrário, nas novas funções às quais, em determinados casos concretos, – de início esporádicos, depois freqüentes, afinal normais –, se adapta determinado negócio jurídico, como em alguns exemplos lembrados páginas atrás; típicas a respeito são a história da cessão dos direitos, de início realizada por meio de uma procuração processual *in rem propriam* (no direito romano), e a da representação, de início realizada por meio da cessão (no direito germânico), alcançando, em ambos os casos, indiretamente, fins cuja licitude e utilidade são, hoje, correntemente reconhecidas.

No direito antigo,<sup>244</sup> muitos exemplos são encontrados na rica casuística do *Corpus Juris*, e nas já numerosas coleções papirologicas. Esses exemplos são interessantes para os fins das nossas sucessivas investigações de direito moderno, por serem aqueles em que, como nos exemplos do direito moderno, é, por um lado, mais dúbia a distinção da simulação e, por outro lado, apresenta-se o problema da fraude à lei.

Assim em D. 24, 1,64 Trebacio fala de uma doação entre cônjuges, *divorcio facto*; realizada a doação os cônjuges voltam a reunir-se; em D. 12, 1,20 Juliano lembra a doação de uma importância que o donatário imediatamente depois dá em emprésti-

242. Tal, parece-me ser a opinião corrente entre os historiadores, a respeito desses negócios. Ihering, ao contrário, *op. cit.*, distingue, caso a caso, diferentes hipóteses, opinando que, em algumas, eles surgiram desde o início como atos simbólicos. É a esses atos que se refere, particularmente, Rabel, falando de *nachgeformte Rechtsgeschaeft*.

243. Kohler, *op. cit.*, e *Lehrbuch*, 1, 433, recorda a interposição de pessoa como subespécie típica do negócio indireto, ao lado do negócio fiduciário. Em nossa doutrina, ao contrário, Ferrara inclui alguns casos de interposição na categoria do negócio fiduciário.

244. Quanto aos exemplos do direito antigo sigo os citados estudos de Rabel e Kuebler.

mo ao doador; em C. 4, 6,4, em um rescrito de Valeriano e Gallieno, faz-se a hipótese de quem, tendo recebido de empréstimo uma importância com a promessa de assistência por parte do próprio credor, se obriga a devolver, a título de mútuo, uma importância maior; em um rescrito de Juliano, em C. 2, 6,3 faz-se a hipótese de quem se compromete a pagar os honorários do próprio advogado, declarando dever devolver-lhe uma importância tomada em empréstimo.

Numerosos papiros nos informam sobre a compra e venda como instrumento para uma *datio in solutum*; mais frequentemente para um empréstimo. É conhecida a prática da libertação de escravos através da venda à divindade. Frequente, nos papiros, é a assunção da obrigação *ex mutuum* para pagamento do preço de uma venda. É também nos papiros que se encontra o caso de assunção de um compromisso para restituição de empréstimo como meio de constituição de garantia. E assim por diante.

Muito frequentemente, o uso do negócio para fins indiretos assenta num ajuste fictício; as partes reconhecem ter realizado um negócio que, ao contrário, não realizaram, e isso com o objetivo de servir-se da disciplina jurídica do negócio assim reconhecido para as novas finalidades que têm em vista. Assim, nas hipóteses acima lembradas, as partes, muitas vezes, reconheciam ter feito uma venda ou um empréstimo, que na realidade não haviam se verificado, e isso com o objetivo de recorrer para outros fins (por exemplo: pagamento de honorários, pagamento do preço de uma venda, *datio in solutum*) à disciplina decorrente da venda ou do empréstimo.

Em lugar, então, de realizar o negócio combinado, adaptando-o, por meio de cláusulas especiais, aos novos fins, as partes concluem desde logo um negócio diverso, ao qual aplicam a disciplina jurídica do negócio combinado, através de um reconhecimento fictício<sup>245</sup>.

245. Um exemplo atual de reconhecimento fictício é o das declarações de "tenho", nas províncias meridionais italianas; estas constituem reconhecimentos fictícios de depósito para assumir uma obrigação *ex mutuum*; encontram explicação na tutela especial dos depositantes, contida na legislação vigente naquelas províncias, antes do Código Civil italiano (de 1865).

A mais rica casuística de ajustes fictícios é, no mundo antigo, a do direito grego-egípcio, onde são freqüentes os documentos da obrigação de restituir, a título de empréstimo, uma soma na realidade devida a título diverso. Assim, no conhecido caso do *dáneion* de Nicareta, o empréstimo fictício servia para constituir os "polemarcos" solidariamente responsáveis pela dívida da cidade de Orcômeno para com Nicareta, como poderia, hoje, acontecer com a constituição de uma garantia através da constituição direta de um débito cambiário.

No direito romano, pode-se recordar, talvez, sob esse ponto de vista, a *acceptilatio*: o negócio solutório, originariamente destinado à hipótese do pagamento, é sucessivamente usado como meio geral da extinção das obrigações assumidas por meio da *stipulatio*, supondo assim um pagamento que na realidade podia não ter sido feito.

## 6. Teoria do negócio indireto

Os limites de minha competência não me permitem detença nos problemas históricos: cumpre delimitar mais exatamente o conceito do negócio indireto, a fim de que se possa, depois, lançar luz à solução de algumas questões do direito moderno.

## 7. Negócio único ou pluralidade de negócios. Contratos mistos e inominados

Preliminarmente, devemos perguntar: é o negócio indireto um negócio único, ou resulta, ele, da combinação de mais negócios, economicamente conexos, mas juridicamente distintos?

Na conhecida hipótese da transmissão de propriedade com fins de garantia, poder-se-ia, por exemplo, pensar na existência de dois negócios distintos<sup>246</sup>, e não de um negócio único; as conseqüências dessa concepção seriam, mesmo na prática, bastante

246. Parece ser esta a tese de Ferrara, p. 57, embora o insigne autor não ponha explicitamente essa questão.

relevantes, à vista da diversa disciplina dos dois negócios assim distinguidos<sup>247</sup>.

Para que se possa encarar a existência de um único negócio e não de mais negócios conexos – hipóteses obviamente distintas entre si – parece-me necessária, antes de mais nada, a unicidade da fonte, isto é, da manifestação ou das manifestações de vontade, de que resulta o negócio<sup>248</sup>.

Quando a unicidade pode ser afirmada sob esse primeiro aspecto<sup>249</sup>, o problema não está, entretanto, ainda resolvido, mas começa a mais delicada das investigações, porque não se pode excluir que, embora *uno actu*, as partes tenham concluído mais de um negócio<sup>250</sup>.

Nesta investigação, parece-me que cumpre reconhecer sinceramente a impossibilidade de formular critérios formais quanto à distinção das duas hipóteses: a do negócio único e a de mais negócios, objetivamente distintos, mas concluídos *uno actu*. O elemento decisivo é a conexão dos vários fins objetivados pela vontade das partes: quando as intenções econômicas das partes estão estreitamente ligadas entre si, há um negócio único<sup>251</sup>. Um

247. Deve-se, no entanto, lembrar, que, como demonstraram Hoeniger e Lotmar, mesmo a simples conexão econômica de vários negócios juridicamente distintos não é desprovida de relevância jurídica. Sobre a unicidade ou pluralidade dos negócios, cf. o estudo fundamental de Regelsberger, *Ihering's Jahrbuecher*, vol. 48, p. 453.

248. Não creio seja necessário acrescentar que unicidade de fonte não significa unicidade de documento. É bastante freqüente o caso de um só documento referir-se a vários negócios (*documento complexo*), como pode haver mais de um documento para um só negócio (*negócio pluriformal*).

249. Um apoio indireto à minha tese pode-se, talvez, deduzir do art. 40 da Lei sobre as Bolsas de 1913 (art. 5º, RD de 30 de dezembro de 1923). Cf., também, o meu comentário aos "Saggi" de A. Scialoja, in *Arch. Giuridico*, 1928, vol. 99, fasc. I.

250. Essa possibilidade é, ao contrário, excluída por La Lumia, *Depositi Bancari*, p. 113, ao criticar a afirmação de Arcangeli, *Rivista di Diritto Commerciale* 1905, I, 194, correspondente à do texto. Cf., porém, von Tuhr, II, p. 191.

251. A questão discutida no texto foi examinada, na doutrina italiana, por Arcangeli, Messina, e La Lumia. O critério enunciado no texto é, no fundo, o mesmo aceito por La Lumia, *op. cit.*, p. 118, e, anteriormente, por

índice – mas apenas um índice – desta conexão das várias intenções das partes e, por conseguinte, da unicidade do negócio, é constituído pela unicidade da contraprestação, por exemplo, a unicidade do preço<sup>252</sup> pago por dois ou mais serviços diversos.

Quando houver um contrato único, cumprirá indagar se esse contrato é um contrato "nominado", isto é, se o escopo objetivado pelas partes corresponde àquele de um dos contratos nominativamente disciplinados na legislação ou se, ao contrário, é um contrato misto ou inominado.

A doutrina italiana nega<sup>253</sup>, às vezes, a possibilidade de haver contratos mistos ou inominados, entendendo que, por força do princípio da "absorção", qualquer contrato pertence ao tipo correspondente à prestação que seja a principal<sup>254</sup> dentre as pactuadas pelas partes<sup>255</sup>.

Arcangeli, *op. l. cit.* Segue, agora substancialmente, a orientação do texto, Di Gennaro, *Contratti Misti*, 1934, no agudo e diligente exame deste argumento. No direito brasileiro, cf., sobre o problema examinado no texto e o versado mais adiante, dos contratos mistos, Honório Monteiro em *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1937, 532; Hannemann Guimarães, em *Justitia*, 1934, 90; Paulo J. da Silva Pinto, *Revista Forense*, vol. XCV, p. 286.

252. Esta, no entanto, constitui apenas um "indício" da correlação dos fins objetivada pelas partes. Não seria, portanto, exato assentar na unidade da contraprestação, o elemento distintivo entre negócio único e negócios concorrentes.

253. Particularmente Asquini, por último, no seu comentário ao contrato de transporte. São, porém, contrários, Messina (*Negozió Fiduciario*), Mossa (*Somministrazione*) e La Lumia (*Depositi Bancari*, p. 242 e p. 351).

254. É por isso que, na hipótese de depósito com outorga de poderes de administração da coisa depositada ou do transporte de mercadorias com mandato para cobrar o preço delas, continua, o contrato, a ser um contrato de depósito ou de transporte. Igualmente, os contratos de seguro, mútuo, trabalho com participação nos lucros continuam a ser contratos de seguro, mútuo e trabalho, sujeitos, em princípio, àquela disciplina, apesar das regras peculiares aplicáveis no que respeita à participação nos lucros. A doutrina dominante repeliu a tese que encarava nesta hipótese a existência de um tipo particular de contrato (denominado "parciário").

255. Um curioso paralelo à teoria da absorção do direito das obrigações pode ser encontrado no direito das coisas. Com efeito, os que opinam constituir,

o estabelecimento comercial, um objeto de direito, distinto das coisas que o compõem, acham-se naturalmente bastante embaraçados ao decidir se se trata de coisa móvel ou imóvel; não são poucos os que, não sei com que fundamento, recorrem, para solucionar esta questão, ao fato de predominarem os móveis ou os imóveis, entre as coisas que compõem, no caso concreto, o estabelecimento comercial. A jurisprudência francesa adota um critério análogo para decidir se o estabelecimento comercial é um bem corpóreo ou incorpóreo. (Cf. Wahl, *Précis*, nº 326). É, no entanto, significativo que, também na França, mesmo depois das Leis de 17 de março de 1909 (que visa a disciplinar a venda e o "penhor" do estabelecimento, disciplinando, para este efeito, a necessária publicidade), e de 29 de junho de 1935 (que visa à tutela dos credores de um comerciante, na hipótese de venda do estabelecimento), se sustenta, autorizadamente, e com fundamento nas decisões da jurisprudência e na disciplina positiva dos vários negócios sobre o estabelecimento comercial, que este constitui, sim, um conjunto de bens a formar uma organização com valor próprio que merece tutela jurídica (o que sói, às vezes, ser indicado qualificando o estabelecimento qual *universitas facti*) – organização que deve ser levada em conta na interpretação, seja das disposições legais, seja dos negócios jurídicos –, mas que não constitui objeto autônomo de um direito real distinto dos direitos reais sobre cada um dos bens que a compõem (Wahl, *Précis*, nº 220; Ferrara, *Trattato di Diritto Civile*, vol. I, p. 797). No seu voto vencido em *Truax v. Corrigan*, Holmes (cf. Lerner, *The Mind and Faith of Justice*, Holmes, Boston, 1943, p. 159) lembrava "Delusive exactness is a source of fallacy throughout the law. By calling a business a *property* you make it seem like land (...) An established business no doubt may have pecuniary value and commonly is protected by law against various unjustified injuries. But you cannot give it definiteness of contour by calling it a thing". A disciplina da concorrência, por seu turno, não autoriza a identificar no estabelecimento ou na clientela um objeto de direito, objeto de tutela naquela disciplina, consoante sustentaram Carnelutti e Rotondi (com referência ao estabelecimento) ou Vivante e Greco (com referência à clientela). Na disciplina da concorrência cumpre, de um lado, respeitar o princípio fundamental da liberdade de concorrência, de outro lado, impedir possa um concorrente gozar dos frutos do trabalho alheio. A solução do problema foi encontrada na disciplina dos direitos sobre os sinais distintivos do produto (marca), do local (insígnia), do estabelecimento (título do estabelecimento) encarados como bens imateriais, objeto de direitos absolutos; reconheceram-se assim direitos absolutos sobre os meios que visam, afinal, como notou Ghibon, a atrair e conservar a clientela. Esta tutela encontra o seu complemento nos princípios gerais da responsabilidade civil e do direito de personalidade. A tutela, porém, não visa, diretamente, ao estabelecimento aviado ou à clientela, pois, de outra forma, negar-se-ia a liberdade de concorrência, que sempre e necessariamente leva à possibilidade de um

concorrente atrair, licitamente, a clientela do outro; justamente, por isso, não pode o estabelecimento aviado ou a clientela ser objeto de um direito absoluto no que respeita à concorrência. Contrastou-se esta tese observando não poderem os direitos sobre a marca ou a insígnia ou o título do estabelecimento ser transferidos, a não ser com o gênero de indústria ou comércio ao qual pertencem; deste princípio deduziu-se ser, objeto de tutela, diretamente, o estabelecimento. A dedução parece-me inexata, pois que o princípio em apreço visa à tutela do consumidor (não, diretamente, à disciplina das relações entre concorrentes) prendendo-se apenas, a um limite na circulação de determinados bens: estes (por exemplo, a marca) não poderão circular a não ser de modo a não iludir o consumidor e, por isso, a não ser juntamente com outros bens, de modo a garantir a identidade do produto. Na realidade, parece-me – quer no que respeita ao direito comum, quer no que respeita à disciplina da concorrência –, seja o estabelecimento comercial com o seu "aviamento", seja a "clientela", não são "coisas", objeto de um direito real; não o são nem no sentido em que se fala de objeto de direito quanto aos bens imateriais (por exemplo, marcas e patentes) que realmente constituem o objeto de um direito absoluto. O estabelecimento com o seu aviamento e a clientela representam sim, economicamente, um valor – cuja tutela decorre justamente, de um lado, dos princípios gerais da responsabilidade civil, e, de outro lado, dos direitos sobre os sinais distintivos encarados como bens materiais –, mas não constituem, de per si, objetos autônomos de direito real. O estabelecimento representa o resultado de uma organização de bens que continuam, entretanto, constituindo, cada um, objeto autônomo de direito; o aviamento representa, por seu turno a qualidade desta organização (como notaram Carnelutti e Rotondi) aproximável, como notou Valeri, à "fertilidade" de um terreno, causa e efeito, ao mesmo tempo, da clientela. Esta tese, aliás, é corroborada pelo fato de serem diferentes os bens compreendidos, legalmente, na expressão de estabelecimento comercial, na hipótese de "penhor" e na de "venda", consoante as leis especiais que regulam estas hipóteses. Cumpre, aliás, notar serem diversos os problemas visados pela lei ao tratar do penhor e ao tratar da venda do estabelecimento comercial. No primeiro caso, o problema que deve encontrar solução jurídica é o da conciliação do direito de garantia sobre o estabelecimento comercial – levando em conta os vários elementos que concorrem para formar o seu valor – com a possibilidade de continuar, o titular dele, na sua posse e gestão, com a conseqüente responsabilidade pelas dívidas: é preciso, por isso, de um lado, organizar um sistema de publicidade; de outro lado, especificar sobre quais bens cai a garantia (na lei francesa, por exemplo, as mercadorias estão excluídas do penhor do estabelecimento); sem o que o comerciante ficaria na impossibilidade de obter crédito. Na segunda hipótese, ao contrário, o problema concerne à necessidade, de um lado, de tutelar o vendedor, e, de outro lado, de evitar aquela situação de insolvência

fraudulenta a que poderia chegar um comerciante vendendo a própria casa comercial e iludindo os próprios credores: esta última hipótese encontra correspondência na legislação norte-americana no chamado *Bulk Sales Act*. Na chamada transferência do estabelecimento, a transferência da clientela não decorre de especiais obrigações "de dar", mas da transferência dos elementos em que assenta o aviamento (por exemplo, o local bem situado; a marca conhecida no mercado) e de obrigações de "fazer", ou de "não fazer" (por exemplo, abstenção de concorrência por parte do velho titular), cuja existência, explícita ou implícita, caracteriza a transferência como tendo por objeto o estabelecimento no conjunto. (A existência, implícita, de uma obrigação de não-concorrência, limitada, entretanto, quanto ao tempo, ao espaço e a gênero de comércio, só ser afirmada pela jurisprudência, italiana, assentando, parece-me, na obrigação de interpretar e executar em boa-fé os contratos. Cf. Ascarelli, *Temî Emiliana*, 1926.) Problema diverso daquele do "estabelecimento" qual objeto de direito real é o do "patrimônio comercial" qual patrimônio autônomo, ou da autonomia jurídica do patrimônio correspondente a um "estabelecimento": fala-se, às vezes, a respeito, de *universitas juris*. Nesta hipótese não se levam em conta as "coisas" que compõem o estabelecimento, mas as relações jurídicas ativas e passivas. No direito comum não há autonomia do patrimônio comercial: para que o patrimônio correspondente a um estabelecimento se distinga dos demais bens do seu titular, cumpre passe, ele, a pertencer a uma sociedade. Justamente a exigência de distinção entre patrimônio comercial e civil explica a tendência para a constituição de sociedades com um único sócio. Na legislação especial entretanto (exemplificativamente, na legislação fiscal ou na do trabalho) há uma orientação favorável à distinção entre patrimônio comercial e civil, estabelecendo, às vezes, a responsabilidade do "sucessor no estabelecimento" quanto a determinadas dívidas ou chegando até a uma ficção (e, a meu ver, não acertada) personificação do patrimônio comercial (como na legislação brasileira do imposto de renda); por seu turno, no direito internacional (exemplificadamente, em matéria de falência), chega-se, às vezes, a uma distinção entre vários patrimônios do mesmo sujeito, conforme a sua localização nos vários países. O problema respeita, afinal, à oportunidade e à disciplina de uma separação dos patrimônios de um mesmo sujeito. Qualquer que seja o juízo acerca da sua oportunidade, essa separação pode ser alcançada só organizando uma apropriada publicidade quanto à composição do patrimônio separado. As orientações que, ao contrário, visam a encarar ora o estabelecimento, ora a "empresa", quase como sujeito de direito, são, a meu ver, fruto de uma perigosa ilusão. Transportam no campo jurídico ficções contabilísticas e substituem a uma disciplina jurídica certa, critérios vagos e, a meu ver, perigosos, pois que assentes, afinal, numa ilegítima hipótese, que sacrifica o indivíduo à instituição.

Esta observação é exata, mas não é suficiente para resolver o problema em exame. Com efeito, entre as prestações convencionadas, pode não haver nenhuma que se possa dizer principal em relação às outras, correspondendo, no entanto, as várias prestações a tipos contratuais diversos<sup>256</sup>; ou pode, a prestação principal, não corresponder a nenhum tipo legalmente previsto. É, então, mister recorrer, no primeiro caso, à teoria dos contratos mistos; no segundo, à dos contratos inominados<sup>257</sup>.

256. Quer uma das partes assumam mais de um compromisso, cada compromisso, porém, típico de um contrato diverso, quer uma das partes assumam o compromisso típico de determinado contrato, ao passo que o compromisso assumido pela outra parte é típico de um contrato diverso. Cf. o meu comentário em *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, II, 462.

257. Em sentido conforme à orientação do texto, cf. agora Di Gennaro, *op. l. cit.*, com cuidadoso exame da doutrina. Diferente do caso do contrato misto é aquele em que, no mesmo contrato nominado, há vários compromissos, todos compatíveis com o dito contrato, mas cuja disciplina legal é estatuida com relação a um contrato diverso. É óbvio que a presença desses compromissos não influi sobre o tipo do contrato concluído entre as partes. Com efeito entre as normas que disciplinam os vários contratos nominados cumpre distinguir as que respeitam ao próprio contrato e as que respeitam a uma determinada prestação, seja devida em força daquele contrato, ou o seja em força de contrato diverso. A determinação legal do objeto das prestações das partes num negócio pode ser mais ou menos circunstanciada. A determinação é, por exemplo, muito pouco circunstanciada na transação (cf., entre outros, o que escreve Hoeniger, p. 27, que considera o problema do ponto de vista dos contratos mistos); pouco circunstanciada na sociedade, onde os compromissos dos sócios podem ser de natureza profundamente diversa nos vários casos e profundamente diversos entre si, até em um mesmo contrato (Giorgi fala, nesse caso, de contratos mistos); é, ao contrário, mais circunstanciada na venda. Ora, a maior elasticidade nesta determinação permite ser, o negócio, sempre disciplinado pelas mesmas normas e permanecer, sempre, idêntico, embora compreendendo compromissos que, isoladamente considerados, podem decorrer de negócios de tipo diverso. Nessas hipóteses não é exato falar de contratos mistos; cumpre, entretanto, examinar a aplicabilidade das normas sobre a redibitória, sobre a lesão enorme, sobre a disciplina dos aluguéis na legislação especial etc., embora elas sejam, no direito italiano, estabelecidas apenas na disciplina legal do contrato de venda e de arrendamento. Um caso análogo ao acima lembrado quanto às obrigações decorrentes de um contrato pode-se verificar quanto aos direitos dele decorrentes. Um

Penso que, no âmbito dos negócios indiretos, podemos encontrar, quer negócios únicos, quer pluralidade de negócios que permitem às partes alcançar, através da sua combinação, o escopo indireto visado; é óbvio que a primeira possibilidade é, a meu ver, a de maior interesse e aquela em que se pode falar de negócio indireto, em sentido rigoroso<sup>258</sup>.

Podemos encontrar contratos "nominados"<sup>259</sup> em que, cláusulas acessórias e, muitas vezes, veremos, até circunstâncias de fato, permitem às partes conseguir o intento indireto visado, e, ao contrário, contratos em que, para esse fim, concorrem obrigações

exemplo desta hipótese é o das mútuas de seguros; nestas, o direito de cada sócio é o de um segurado, embora o contrato não deixe de ser, sempre, um contrato de sociedade (ou melhor, de associação). A doutrina e jurisprudência dominantes na Itália adotaram, justamente, esses princípios, aplicando às ações decorrentes das mútuas de seguro, o prazo da prescrição em matéria de sociedade, embora convindo em aplicar-lhes, algumas normas sobre seguros. É provável que, com o tempo, o caso das mútuas de seguros deixe de ser o único no gênero, para encontrar correspondência em casos análogos, fora do campo dos seguros. Cf., sobre estes problemas, Hoeniger, p. 47, o qual, porém, exagera a analogia com os contratos mistos; conforme a orientação, a meu ver, exata, cf. agora Di Gennaro, *op. l. cit.*; Osti, verbete *Contratto* em *Nuovo Digesto Italiano*, nº 30; Honório Monteiro, *op. l. cit.*

258. Essa possibilidade se verifica, segundo penso, também nos negócios fiduciários, e parece-me ser essa uma consequência dos princípios acima desenvolvidos.
259. Esse elemento esclarece a grande freqüência e, quase diria, a necessidade do negócio indireto, nos sistemas jurídicos em que só determinados negócios, especificadamente indicados, são fontes de obrigação, de maneira que as partes, para alcançar os seus fins, devem, necessariamente, referir-se a uma das causas típicas admitidas pela ordem jurídica. Tal não ocorre, naturalmente, nos sistemas modernos, em que, por isso, o fenômeno do negócio indireto não tem a mesma importância que tinha nos direitos antigos, pois as partes podem, muitas vezes, alcançar os seus objetivos com um contrato misto ou inominado. A circunstância acima lembrada, explica, também, porque no direito romano o contrato misto é disciplinado com fundamento no princípio da absorção formal (Hoeniger, p. 340). Aqueles que, nos sistemas modernos, não sabem sair do âmbito da teoria da absorção esquecem-se, talvez, de que a evolução do sistema contratual moderno visa, justamente, a acrescentar novos contratos aos tipos tradicionalmente disciplinados.

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<sup>260</sup>; a concorrência de outras intenções empíricas não é bastante para romper o nexo do negócio indireto com o negócio direto e aproximá-lo de um contrato misto<sup>261</sup>.

A razão da referência do negócio indireto, ao negócio direto, e, pois, da sua sujeição, em princípio, à disciplina jurídica deste último, é justamente desejarem conscientemente as partes afastar-se o menos possível do terreno conhecido dos negócios nominados, aproveitando, portanto, a disciplina jurídica desses negócios<sup>262</sup>.

#### 8. Características do negócio indireto. Motivos comuns a todas as partes num negócio jurídico

A característica do negócio, quando usado com fins indiretos, está no fato de que as partes visam a alcançar um fim que não é o típico do negócio adotado: usam da transmissão da propriedade para fins de garantia; da adoção, para a nomeação de um herdeiro, e assim por diante. Mas, como já se notou, a disciplina jurídica a que se sujeitam as partes continua a ser sempre, fundamentalmente, aquela do negócio adotado.

260. Idêntica observação em Messina, *op. cit.* Não frisa a diferença, La Lumia, *Depositum Bancari*, p. 245.

261. No mesmo sentido, cf., na doutrina brasileira, Paulo J. da Silva Pinto, *cit.*, p. 291.

262. É afinal essa exigência da certeza jurídica o argumento principal invocado pelos partidários da teoria da absorção, que, porém, avançam demais quando chegam a negar a possibilidade de contratos mistos e inominados nos direitos modernos. É por essa mesma razão que o juiz e o jurista, em face da interpretação dos contratos, tendem a reduzir o mais possível qualquer contrato aos esquemas dos contratos nominados, sendo que, às vezes, com tal procedimento, forçam o contrato, pondo-o numa espécie de leito de Procuste.

As cláusulas peculiares, destinadas à consecução do escopo ulterior, não modificam o tipo de negócio adotado; é sempre, portanto, a disciplina peculiar ao tipo de negócio adotado a que deve regular a relação das partes, embora tenham, elas, concluído o negócio para a consecução de um escopo anormal.

Em substância, todo negócio é caracterizado por um escopo típico que se destina a realizar e no qual se identifica precisamente a sua causa econômica e jurídica (por exemplo, a troca da coisa pelo preço, na venda), mas nada impede, no entanto, seja ele, embora dentro de determinados limites<sup>263</sup>, disciplinado pelas partes de modo tal que não só possa realizar, imediatamente, o escopo que lhe é típico, mas também, mediatamente, outros objetivos que até adquirem importância predominante na vontade das partes.

Perante a fixidez da finalidade típica de cada negócio, é a variabilidade dos motivos que permite a diversidade de configuração dele, e, por conseguinte, a consecução de finalidades ulteriores.

Tal consecução pode prender-se à vontade de apenas uma parte, constituindo então um motivo juridicamente irrelevante; pode, porém, prender-se à vontade consensual de todas as partes que participam do negócio e é nesta hipótese que se apresenta o problema do negócio com fins indiretos.

Ao passo que, normalmente, a consecução do escopo típico do negócio constitui o fim principal visado consensualmente pelas partes, e o elemento comum a todas as partes do negócio, independentemente dos motivos peculiares de cada qual, nessa hipótese, ao contrário, as partes visam – e visam, todas, consensualmente – também à consecução de um escopo ulterior, independentemente dos motivos peculiares a cada qual; a realização do fim típico do negócio adotado é, sim, visada, mas constitui um pressuposto para esse fim ulterior<sup>264</sup>. A característica do negócio indireto é constituída, pois, pela distinção entre o objetivo típico

263. Aqueles que, em substância, resultam dos chamados elementos essenciais de cada negócio. Veremos, mais adiante, a importância desses limites.

264. Os autores falam, freqüentemente, da heterogeneidade entre elemento jurídico e elemento econômico. Assim, Kohler, *op. cit.* Nessa observação há,

do negócio, em abstrato, e os eventuais objetivos ulteriores visados consensualmente, por todas as partes, no caso concreto<sup>265</sup>; e,

certamente, algo de verdadeiro. Mas convém ter sempre em vista que também o escopo típico do negócio é efetivamente querido pelas partes. Poder-se-ia observar que a qualificação de um negócio jurídico como negócio indireto depende, afinal, dos motivos que animam as partes, e aos quais se concede, assim, relevância jurídica. (Nesta observação assenta a crítica de Santoro-Passerelli, *op. l. cit.*) A observação seria exata, mas não constituiria uma crítica. A distinção entre causa e motivos, é, agora, geralmente acolhida e dispensa defesa; assenta, afinal, na própria natureza do direito que deve necessariamente “esquematisar” qualquer ato, encarando-o nas suas características típicas e gerais. Não implica, porém, em absoluto, constante irrelevância dos motivos no mundo jurídico. Também os motivos, especialmente quando comuns a ambas as partes de um contrato, são, embora excepcionalmente, relevantes; por exemplo, no art. 1.087, Código Civil, quanto às doações remuneratórias; na doutrina da fraude à lei; na avaliação da licitude do negócio; na determinação do âmbito da aplicação de algumas normas jurídicas e nos demoraremos, daqui a pouco, no exame dessas duas últimas possibilidades. Ademais, e obviamente, é possível de um ponto de vista sociológico, levar em conta os motivos para encarar a função efetivamente preenchida por um negócio na realidade histórica. A doutrina do negócio indireto coloca-se, justamente, nesse ponto de vista, visando a evidenciar que, em alguns casos, a função efetivamente preenchida por um determinado negócio não se identifica com a função típica deste. Por enquanto quero somente acrescentar que a relevância dos motivos se encontra no vestibulo mesmo do nosso Código de Comércio. Com efeito, ao distinguir a matéria comercial da civil podemos, parece-me, antes de tudo, separar alguns atos que (por exemplo, a cambial) são *sempre e de qualquer forma comerciais* (atos absolutamente comerciais) e alguns atos que são *sempre e de qualquer forma civis* (atos absolutamente civis). Há, além desses, uma série de atos (atos relativamente comerciais) que são comerciais ou civis, consoante concorram ou não determinadas circunstâncias (cf. Arcangeli, *Scritti di Diritto Commerciale e Agrario*, vol. II, p. 3; Tena, *Derecho Mercantil Mexicano*, vol. I, p. 71). Ora, a comercialidade dos atos relativamente comerciais depende, justamente, dos motivos pelos quais são realizados (por exemplo: a intenção de revender; o fim de lucro etc.), ou, de um modo mais geral, de elementos econômicos (a existência de uma empresa; a conexão econômica – que não equivale à acessoriedade no sentido jurídico –, com outros atos de comércio; e assim por diante). Nestas hipóteses, a relevância dos motivos, embora peculiares apenas a uma das partes, assenta no fato de serem, eles, reconhecíveis pela parte contrária.

265. Estes objetivos ulteriores constituem, sim, juridicamente, apenas “motivos” desde que se queiram distinguir da “causa”; mas são motivos que se pren-

portanto, pela constatação da maneira por que um negócio pode, indiretamente, desempenhar funções que não correspondem à função típica decorrente da sua estrutura e pela qual se caracteriza.

Precisamente essa possibilidade é utilizada pelas partes.

Há mais: o direito se preocupa, em princípio, com a existência da causa típica do negócio, e não com a importância que esta assume no pensamento das partes em relação a outros motivos.

Portanto, a finalidade, a causa típica do negócio, deve ser considerada sempre como subsistente, mesmo quando, no pensamento das partes, não tenha senão uma importância econômica secundária e quando a intenção das partes seja dominada pela consecução do escopo ulterior.

E, com efeito, se voltarmos nos exemplos de venda indireta, recordados, em conexão com as precedentes considerações históricas, será fácil notar que, em muitas daquelas hipóteses, o preço aos poucos se reduziu a uma importância irrisória, em lugar de corresponder ao valor efetivo da contraprestação. Juridicamente, ele continua sempre a subsistir e sempre se pode falar de venda: economicamente, na intenção das partes, são os fins ulteriores que passam para o primeiro plano, até que o preço se reduza ao *unus nummus*, que não representa senão o indício de uma remota referência histórica<sup>266</sup>.

dem à vontade de ambas as partes e não às intenções individuais peculiares de cada uma. Por isso, embora distintos da causa, podem eles, no entanto, ser tidos em conta na apreciação da licitude ou da ilicitude do negócio. Veremos que a disciplina do negócio indireto decorre justamente do fato de estar, ele, em princípio, sujeito à disciplina peculiar do negócio adotado, ao passo que na aplicação das normas relativas a um determinado efeito econômico, independentemente do instrumento jurídico adotado para consegui-lo, cumpre atender aos fins indiretamente visados pelas partes. Com efeito, nessa apreciação não se deve considerar apenas a causa típica do negócio em abstrato, mas a função efetivamente visada por ele no caso concreto.

266. Eis como, dada a particular configuração do fato do caso concreto, podem ser atingidos fins indiretos, mesmo na ausência de cláusulas especiais. O *unus nummus* volta hoje em dia, às vezes, nos *petitum* das ações de ressarcimento de danos; justificando, então, uma ação de ressarcimento de

As ponderações anteriores explicam por que, falando em negócio indireto, não se quer delimitar uma especial categoria formal de negócios jurídicos; quer-se, ao contrário, indicar a função especial preenchida, no caso concreto, por um negócio jurídico, que, no entanto, conserva, em princípio, inalterada a sua natureza; se indica a possibilidade de poder, um negócio jurídico, preencher – em virtude da vontade de todas as partes que nele participam<sup>267</sup> – até um objetivo diverso daquele que lhe é típico; apresenta-se então o problema de examinar entre quais limites este objetivo ulterior possa ser levado em conta quanto à disciplina do negócio e à avaliação da disciplina e validade dele.

## 9. Negócio indireto e negócio abstrato

As considerações feitas explicam, a meu ver, por que o negócio usado com fins indiretos pode, muitas vezes, ser um negócio abstrato, embora não o seja necessariamente.

Um e outro caso demandam elucidação.

Começemos pelo primeiro.

As considerações precedentes já demonstram as relações entre o negócio abstrato e o negócio indireto.

Abstratos devem ser, necessariamente, por exemplo, os ajustes fictícios, a que aludi acima. De fato, um negócio que de modo fictício supõe uma causa inexistente só pode preencher sua função prática como negócio abstrato: admitir a possibilidade de

perdas e danos, que, entretanto, visa só ao intuito da declaração judicial de ilegitimidade de um ato. Analogamente encontra-se o *unus nummus* nos contratos norte-americanos que mencionam a *consideration* de um dólar.

267. Em virtude da vontade de todas as partes que concorrem no negócio e, por isso, em virtude da vontade de ambas as partes na hipótese do negócio bilateral. É justamente sob esse aspecto que os fins indiretamente visados pelas partes se distinguem dos fins individuais de cada parte. Justamente por isso, esses fins indiretos adquirem, embora excepcionalmente, uma relevância que, ao contrário, falta aos fins de cada parte individualmente. E, de outro lado, esse o elemento que, às vezes, obscurece a distinção entre negócio indireto e simulação da causa.

uma causa inexistente, equivale a admitir a possibilidade de abstração de causa.

Com efeito, os reconhecimentos fictícios só se encontram nos sistemas jurídicos que reconhecem a validade dos negócios abstratos, como o atual direito germânico e como o antigo direito grego, ou pelo menos nos sistemas em que uma declaração de ciência é, em determinadas condições, submetida a uma disciplina tão severa, quanto à possibilidade de prova contrária, que pode praticamente equivaler a um negócio abstrato.

Sob certos aspectos, também a sentença pode ser considerada como um novo e autônomo comando abstrato, independente dos motivos que a determinaram, o que concorre para explicar o freqüente recurso ao processo para finalidades indiretas.

Ora, é fácil observar<sup>268</sup> que, sendo abstrato o negócio, é inútil falar de negócio indireto. Justamente por ser abstrato, o negócio pode ser usado para qualquer objetivo e, por conseguinte, é impossível distinguir o seu escopo típico e as ulteriores finalidades visadas pelas partes no caso concreto e, por isso, impossível falar de negócio indireto<sup>269</sup>. Embora seja, por exemplo, verdadeiro que a função normal da cambial se prende ao crédito, não se pode falar de negócio indireto quando a cambial é usada para constituir uma garantia ou, até, para realizar uma doação.

Duas observações permitem, no entanto, a meu ver, descobrir o nexo entre negócio abstrato e negócio indireto, embora reservando ao domínio dos negócios causais a aplicação deste conceito.

Devemos, por um lado, observar que, muitas vezes, os próprios negócios jurídicos abstratos, no início do seu desenvolvimento histórico, não gozam de uma disciplina completamente autônoma, mas são, ao contrário, disciplinados pelas regras do

268. Especialmente Kohler insiste nessa observação.

269. Com efeito, o negócio abstrato não tem uma função típica, mas é compatível com várias funções. A obrigação abstrata é, juridicamente, distinta da sua causa. É inútil acrescentar que, no entanto, essa distinção não significa, de modo algum, inexistência de causa em sentido psicológico.

negócio causal, cuja aparência assumem ao fingir ter uma causa que, ao invés, inexistente<sup>270</sup>.

Somente em virtude de um sucessivo desenvolvimento histórico, esses negócios abandonam, por assim dizer, o envoltório de sua estrutura, a fim de responderem a um novo tipo de negócio, abstrato e disciplinado de modo autônomo e especial.

Foi precisamente o que sucedeu na história dos títulos de crédito, particularmente da cambial. Em sua evolução histórica, esta se tornou não só o documento de uma obrigação abstrata, como também o de uma obrigação disciplinada de modo especial, correspondendo a um direito autônomo que, à diferença do que acontecia em períodos históricos anteriores, nem mesmo ficticiamente se relaciona com o contrato de câmbio.

Analogamente, o reconhecimento abstrato, no direito alemão, foi submetido, no Código Civil germânico, a uma disciplina especial, comum à promessa abstrata de débito, e prescindindo da referência a uma causa de ajuste.

Ora, até que o negócio abstrato não adquira essa completa autonomia, talvez não seja de todo inoportuno falar de negócio indireto, com referência a um nexo, mais histórico que dogmático<sup>271</sup>.

Por outro lado, mesmo quanto a cada negócio abstrato, e embora prescindindo da chamada relação fundamental, é possível falar de uma função típica<sup>272</sup>, que apresenta relevância jurídica, se não quanto ao direito privado, ao menos quanto ao direito penal ou fiscal. Assim, por exemplo, a função de pagamento<sup>273</sup>, própria do cheque, deve efetivamente existir, para que este possa gozar do

270. É precisamente essa, com freqüência, a explicação dos ajustes fictícios, como notei anteriormente.

271. No mesmo sentido e, precisamente nesta hipótese, Rabel fala de *nachgeformtes Rechtsgeschaef*.

272. Por sua vez na obrigação abstrata, a causa pode não ser totalmente destituída da relevância. Geralmente, sua ausência ou ilicitude torna admissível uma *condictio*, destinada à repetição de quanto foi pago por força da obrigação abstrata.

273. Cf. Bonelli, *Cambiale*, nº 385.

seu especial regime tributado, e não ser submetido ao das cambiais; um cheque que não preencha essa função<sup>274</sup>, embora possa dar lugar a obrigações cambiais válidas, será irregular. De modo mais geral, podemos dizer que essa função tem importância não quanto à validade, mas quanto à regularidade do título.

Sempre que um negócio abstrato, irregularmente, preencher uma função diversa daquela que lhe é típica, pode-se, portanto, falar em negócio indireto.

Desse ponto de vista, por isso, pode existir conexão entre negócio indireto e negócio abstrato<sup>275</sup>.

#### 10. Negócio indireto e simulação

O campo específico dos negócios indiretos é, no entanto, o dos negócios causais, porque nestes a distinção entre causa e motivos, à qual acima fiz referência, encontra plena oportunidade de manifestar-se.

Mas é justamente nesse domínio que se torna mais difícil estabelecer distinção entre o negócio indireto e a hipótese, sob vários aspectos, afim, da simulação. E, com efeito, de simulação falam, para negá-la ou para afirmá-la, algumas passagens das fontes anteriormente citadas.

De fato, 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. A causa do negócio seria simulada e a verdadeira causa constituída pela finalidade ulterior que as partes se propõem realizar. O negócio, portanto, seria simulado e sujeito ao regime da simulação.

Como veremos, recorre-se freqüentemente, na prática, a essa origem de idéias, embora não se aplique, por uma ou outra

274. Ou, mais precisamente: que não preencha certos requisitos que a lei considera característicos dessa função. A lei não pode, com efeito, exigir o preenchimento concreto de determinada função, mas a observância de certos requisitos, tendo em vista precisamente essa função, de maneira que esta se torne relevante em relação àqueles.

275. E, de fato, lembraremos alguns exemplos de cheques com fins indiretos:

razão, às vezes especiosa, o regime da simulação que, no entanto, decorreria da premissa adotada.

Cumpre, ao contrário, segundo penso, reconhecer que o negócio indireto, não é negócio simulado e não está, por conseguinte, sujeito ao regime da simulação.

De acordo com o ensinamento dominante (Ferrara), a simulação se caracteriza por uma discordância entre vontade e declaração: declara-se o que na realidade não se deseja, por efeito de uma combinação, com o fito de simular, feita entre as partes.

Conforme outra autorizada doutrina (Kohler, Messina, Segré), devem ser encaradas, no negócio simulado, duas declarações que, em virtude da combinação com o fito de simular feita entre as partes, se anulam reciprocamente.

De qualquer forma, na simulação, o objetivo da vontade real das partes está em contraste com o que decorre da declaração delas; a realização do primeiro exclui a do segundo e, por isso, é, tarefa de direito estabelecer, seja nas relações entre as partes, seja quanto aos terceiros, qual deva prevalecer, se a vontade real, se a declaração aparente.

A nenhum desses casos corresponde a nossa hipótese. As partes querem efetivamente o negócio que realizam; querem efetivamente submeter-se à disciplina jurídica dele, e não a uma disciplina jurídica diversa; querem também os efeitos típicos do negócio adotado, pois sem estes não alcançariam o objetivo que visam, o qual, embora não se identifique com a consecução de tais efeitos, necessariamente, os pressupõe. A consecução do objetivo final visado pelas partes não exclui a realização do objetivo típico do negócio adotado; adotando o negócio, as partes querem a realização do seu fim típico, embora para fins ulteriores; querem, ao contrário do que acontece na simulação, sujeitar-se à disciplina própria do negócio adotado<sup>276</sup>.

Na simulação as partes, para alcançar o fim visado, declaram o que não corresponde à vontade delas, regulando, no entan-

276. Cf. agora no mesmo sentido Pugliatti, *Istituzioni*, cit., p. 395, com referência a este estudo.

to, clandestinamente, as próprias relações jurídicas de modo conforme à vontade real; no negócio indireto, ao contrário, o fim prático visado pelas partes é alcançado justamente por meio do negócio adotado e declarado.

Não há nenhuma combinação para simular; interesse algum em esconder aos terceiros o escopo último que o ato tem em vista. Muitas vezes, esse escopo transparece claramente das cláusulas do negócio, que não são subtraídas ao conhecimento de terceiros e, não raro, ressaltam do próprio documento que menciona o negócio realizado entre as partes. O processo desenvolve-se, às vezes, à luz do sol e não há homem experimentado que se engane sobre as suas finalidades<sup>277</sup>.

O antigo germano que adotava, a fim do constituir um herdeiro, queria efetivamente adotar, porque sem adoção não teria podido conseguir seu intento, embora o motivo dominante (e notório) da adoção não fosse o desejo de possuir artificialmente a prole, mas de constituir determinada pessoa sua herdeira.

Quem vende com fins de garantia quer efetivamente transmitir a propriedade e, por isso, recorre à venda, e não ao penhor, até nos casos em que seria possível constituir penhor<sup>278</sup>.

### 11. Negócio indireto e fraude à lei

A distinção entre o negócio indireto e o negócio simulado, considerada nas páginas anteriores, não deve, é óbvio, levar à conclusão de que o primeiro seja sempre válido.

Os fins visados pelas partes podem ser ilícitos; o negócio indireto será, então, ilícito e, portanto, nulo<sup>279</sup>; o negócio fraudulento constitui, afinal, uma subespécie do negócio indireto.

277. É óbvio ser, esta publicidade, peculiar aos casos de negócio indireto lícito: a clandestinidade é, com frequência, indicio de ilicitude.

278. Como ocorre, muitas vezes, no crédito contra documentos. Eis, portanto, como até mesmo os efeitos de direito real são desejados para um fim prático, em matéria de negócio fiduciário.

279. Desde que a ilicitude em apreço seja, porém, sancionada com sanções diversas da nulidade (cf., exemplificativamente, as observações finais do nº 9 quanto ao cheque irregular), deverão ser aplicadas tais sanções.

A ilegitimidade não recai, nesta hipótese, sobre a causa típica do negócio adotado pelas partes; recai sobre o objetivo último por estas concretamente visado; é, portanto, relevante juridicamente, enquanto podem ser anulados os negócios cujos motivos (comuns a todas as partes) sejam ilícitos.

Há, com efeito, normas jurídicas que não se limitam a disciplinar um determinado ato, mas têm em conta o resultado prático visado pelas partes, quaisquer que sejam os meios por elas escolhidos para consegui-lo; e, por isso, deve-se, na aplicação de tais normas, considerar o fim visado pelas partes e não apenas a causa típica do negócio adotado; há outras, ao contrário, que têm em vista somente o instrumento jurídico, sem curar dos fins para que é utilizado no caso concreto<sup>280</sup>. A validade do negócio quanto a seus fins indiretos deve ser examinada, ante as normas da primeira categoria. Analogamente ao que acontece no domínio da simulação que, por seu turno, pode ser lícita ou fraudulenta, o negócio indireto será lícito ou fraudulento conforme o fim visado pelas partes<sup>281</sup>.

Assim, em algumas hipóteses lembradas nos textos romanos, o negócio podia ser tido como realizado em fraude à *lex Cincia de donationibus* ou ao interdito de doação entre cônjuges.

Dessa forma, em numerosos casos, a venda com fins de garantia incorrerá no interdito do pacto comissório.

Uma casuística muito rica, quanto aos negócios indiretos fraudulentos, é constituída pelos negócios<sup>282</sup> com que as partes visam frustrar<sup>283</sup> o interdito da estipulação dos juros, ou o limite

280. Aceito, assim, a opinião exposta, particularmente, por Kohler e, talvez, dominante na Itália. Cf. os escritos citados de Ferrara e de Messina e o de Simoncelli, no *Foro Italiano*, 1908. É somente a respeito das normas da primeira categoria que se pode falar em *fraus legis* realizada por meio de um negócio estruturalmente diverso daquele visado pela norma.

281. Cf., além de Ferrara, já citado mais vezes, o conhecido estudo dedicado por Giovanni Rotondi aos atos em fraude à lei.

282. Esses negócios demonstram muito bem a variedade das formas jurídicas através das quais se pode atingir o fim econômico de realizar um empréstimo.

283. Esses meios têm sido, sempre, mais ou menos, os mesmos. Cf., por exemplo, o que escreve Arangio Ruiz, *Il Sistema Contrattuale dei Papiri*, p. 71, que assinala as analogias existentes, nesse ponto, entre o nosso

destes, eventualmente em vigor em determinados sistemas jurídicos<sup>284</sup>. Entre tais negócios, encontramos vendas a prazo seguidas

direito medieval, o grego-egípcio e o babilônio. Analogias se podem encontrar também entre o nosso direito medieval e o talmúdico, no qual aparece, com efeito, até o *contractus trinus*, e isso em virtude da comum origem teológica do interdito dos juros. Sobre as vendas fictícias, que na Idade Média mascaravam a usura, as páginas mais interessantes me parecem ser as de Doren, *Florentinische Wollenindustrie*, I, p. 189.

284. Com fundamento nos estudos de Endemann, costuma-se, às vezes, opinar que o interdito canônico das usuras não sofreu modificações na doutrina canônica, mas não foi seguido na prática, sendo constantemente burlado através de freqüentes negócios indiretos, cujo exemplo mais complicado seria constituído pelo contrato trino. Essa observação tem algo de verdadeiro, mas não é inteiramente verdadeira, como se pode perceber advertindo que alguns desses pretensos negócios indiretos são, ao contrário, construções doutrinárias de origem jesuítica (tal, o contrato trino) e que uma antítese tão nítida entre teoria e prática, durante um longo período de tempo, é coisa pouco provável, especialmente quando a teoria é adotada na legislação e tem a aplicação garantida por severas medidas penais e espirituais. Também estas últimas não são de desdenhar em se tratando de uma época como a Idade Média. Então, o ponto de partida da teoria canônica da usura, qual vem exposta por São Tomaz, por exemplo, como conclusão, aliás, de um longo processo histórico, é constituído pela proibição de todo e qualquer juro. Os argumentos são, como se sabe, de várias espécies: o econômico, relativo à infrutuosidade do dinheiro; o jurídico, que considera a passagem da propriedade da soma mutuada ao mutuário, de maneira que o mutuante não pode reivindicar nenhum direito aos juros, sendo o tempo um bem comum; o teológico, tirado das normas do Velho e do Novo Testamento, confirmadas nos concílios; o racional, oriundo da autoridade de Aristóteles. O interdito correspondia, no fundo, à concepção de uma economia precipuamente agrária e natural, onde o empréstimo era concebido, antes de tudo, como empréstimo de consumo, destinado a suprir uma necessidade imediata do mutuário, e não para ser empregado na produção de nova riqueza. O desenvolvimento da economia medieval devia fazer sentir a inoportunidade do interdito; devia fazê-la sentir, antes de tudo, à Igreja, dada a sua vasta e multiforme atividade financeira; devia fazê-la sentir à nascente economia comercial, que necessariamente tinha em vista evitá-lo ou direta, ou indiretamente, à vista da crescente importância de empréstimos para financiamento de atividades produtivas de riqueza, bem diversas, economicamente, das de consumo. Mas à medida que a economia se desenvolvia e que o interdito canônico era, por outro lado, adotado na legislação civil, adquirindo assim maior importância prática (um exame dos estatutos, sob esse ponto de vista, se acha nas obras de

Poehlmann e de Doren, que diz ter-se verificado essa adoção desde o século XIII), foi ele se tornando mais maleável, de modo a distinguirem-se, cada vez mais exatamente, vários casos (cf., já nesse sentido, Salvioli, in *Studi per Fadda*, II, 259) quanto à sua aplicação. A admissibilidade dos juros, como ressarcimento do prejuízo de mora, encontra-se já em São Tomaz, e são conhecidas (v., por exemplo, Nani, *Archivio Giuridico*, 1876) a evolução da doutrina nesse ponto e a especificação de vários elementos destinados, justamente, a demonstrar a existência de um prejuízo e a manter o pagamento dos juros nos limites do mesmo. (Fierli, nas suas *Theoricae*, oferece um quadro das várias doutrinas. Cf., também, o que escrevi no meu volume *La Moneta*, pp. 82 ss.) A importância prática dessa exceção era bastante notável, sendo até possível um empréstimo a brevíssimo prazo, de maneira que o devedor, continuando depois, com o consentimento tácito do credor, a dispor da soma, ficava obrigado a pagar, a título de mora, aqueles mesmos juros que lhe seria vedado pagar a título de empréstimo. Com Santo Antônio de Florença, a revisão da doutrina se tornou mais profunda, passando a ser considerados separadamente o caso de, o mutuário, tirar algum proveito do dinheiro e o caso do empréstimo de consumo, para, no primeiro caso, admitir os juros. A unidade da doutrina ficava salva pois se negava que, no primeiro caso, houvesse um empréstimo; o resultado prático era o da justificação dos juros, no empréstimo que não fosse de consumo, presumida, no entanto, a existência, no caso concreto, de um empréstimo de consumo (gratuito). (Cf., sobre Santo Antonino, Ilgner, *Die Volkswirtschaftlichen Anschauungen der Scholastik seit Thomas v. Aquino*, 1913; Bede Jarret, *St. Antonino and Medioeval Economy*, 1914.) Essa doutrina permaneceu substancialmente firme, sendo aos poucos aplicada às várias hipóteses. É significativo, a esse propósito, o parecer que a Faculdade de Bolonha deu, a pedido do Dr. Eck (posteriormente adversário teológico de Lutero), que foi a Bolonha por encargo dos Fugger, aos quais, como bem se compreende, importava fossem, também teologicamente, justificados os juros que pagavam sobre as somas que lhes tinham sido confiadas por clientes e por amigos (cf. R. Ehrenberg, *Das Zeitalter der Fugger*, e ali o comentário a numerosos outros pareceres de faculdades jurídicas; Strieder, *Studien etc.*, p. 121; Shreider, nas *Historisch Politische Blätter*, 1851). Por sua vez, a legislação se torna cada vez mais liberal e propensa a multiplicar privilégios de legitimidade dos juros, como os concedidos às feiras de Champagne (Huvelin, *Marchés*, p. 439) e o conhecido privilégio de Carlos V. A evolução subsequente acarretou um aprofundamento desse problema; é conhecida a respeito a polémica entre Franciscanos e Dominicanos, quanto aos juros dos Montes de Socorro, resolvida, como se sabe, a favor dos Montes de Socorro e dos seus defensores franciscanos. Entre os jesuítas de 1500 e de 1600, já nem mesmo se insiste sobre a inexistência do caráter de empréstimo naqueles casos em que o juro era considerado lícito, só restando a afirmação de uma presunção de gratuidade do empréstimo, tido como de consumo. Assim, em

Molina e Diana. Essa posição era a que se considerava decisiva nos confessionários, embora com certa timidez na sua formulação teórica. Dessa timidez acha-se um exemplo, ainda em 1700, a propósito da discussão que deu lugar ao conhecido opúsculo de Scipione Maffei (cf. o estudo de Funck na *Festschrift Schaeffle*) e foi examinada pelo papa Benedito XIV. Essa posição é a que, hoje, se encontra codificada, no *Codex Juris Canonici*, cânone 1534, e defendida nos tratados jesuíticos de economia política (cf., por exemplo, Pesch, *Lehrbuch der Nationaleconomie*, vol. 5, p. 716). É inútil acrescentar que o interdito dos juros no empréstimo de consumo não é, economicamente, injustificado (Marshall, *Principles*, VI, 6). Talvez, o conceito do capital e do empréstimo de financiamento em contraste com o empréstimo de consumo e, por conseguinte, a legitimidade, em princípio, dos juros (exceto limites eventuais) seja, na doutrina, uma conseqüência do protestantismo; mais precisamente, do calvinismo, não do luteranismo (cf. Schmoller, *Zeitschrift Tuebingen*, 1861). Com efeito, Lutero investe, com particular violência, contra os juros, em qualquer medida e a qualquer título, acusando a Igreja por sua indulgência sobre esse ponto (cf. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*, New York, 1926, p. 79). Calvino defendeu a produtividade do capital e a legitimidade do juro (cf. Hauser, *Les Idées Économiques de Calvin*; Tawney, *op. cit.*, p. 102), e juristas suspeitos de calvinismo — como Molineus, que dedicou à legitimidade dos juros a mais conhecida de suas obras — ou calvinistas, — como Salmasio, ao qual se deve o triunfo da doutrina — é que defenderam a legitimidade dos juros. Nesses autores, no entanto, tal legitimidade é admitida só dentro de limites determinados; a liberdade absoluta dos juros é um produto recente do liberalismo econômico e, com efeito, o seu campeão mais conhecido foi, talvez, o maior teorizador do individualismo econômico no campo jurídico, Jeremias Bentham (cf. Lacerda de Almeida, *Efeitos das Obrigações*, Rio, 1934, p. 356). Cf., sobre esses problemas, particularmente investigados pelos modernos estudiosos de história econômica, Pirenne, *Historia Economica y Social de la Edad Media* (México, Fondo de Cultura Económica); Ashley, *Histoire des Doctrines Économiques de l'Angleterre*; Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*, New York, 1936; Tawney, prefácio à edição do *Discours upon Usury*, de T. Wilson, New York, 1925; Henry Hauser, *Les Debuts du Capitalisme*; Richard Ehrenberg, *Das Zeitalter der Fugger*, 1896; Groethuysen, *La Conciencia Burguesa*, trad. cast., México, 1943; A. von Martin, *Soziologie der Renaissance*, München, 1932 (que não tive possibilidade de consultar); A. Fanfani, *Catholicism, Protestantism and Capitalism*, London, 1936 (que não tive a possibilidade de consultar). Quanto às justificativas dos limites legais dos juros, cf. Keynes, *Teoria General de la Ocupacion, el Interese y el Dinero* (trad. cast., México, Fondo de Cultura Económica), p. 337. Keynes encontra a justificativa econômica das leis que visam a diminuir a taxa do juro, na diferença entre taxa de juro e utilidade marginal do capital; e na tendência da taxa de juro a subir, em geral, além do nível mais apropriado para a conveniência geral.

de revendas a dinheiro por um preço inferior, e vice-versa; vendas com pagamentos do preço a prazo; vendas com preço indeterminado e multa determinada, e assim por diante<sup>285</sup>, para não falar das confissões de haver obtido em empréstimo, *gratis et amore Dei*, como se lê nos documentos marselheses publicados por Blancard, uma soma efetivamente superior à recebida.

Portanto, em cada sistema positivo, os negócios indiretos, quanto à validade, devem ser considerados do ponto de vista da fraude à lei; este será o elemento decisivo que deveremos ter presente também na investigação de direito moderno.

## 12. Disposições legislativas aplicáveis ao negócio indireto

A distinção entre duas categorias de disposições legislativas, que ora lembramos em relação a fraude à lei, pode ser utilizada, também, numa escala mais geral, para estabelecer, dentre as disposições ditadas sobre os vários negócios, quais as que são aplicáveis mesmo quando a finalidade destes é alcançada indiretamente por meio de um negócio diverso.

No próprio Código Civil, encontramos exemplos textuais de disposições relativas aos negócios indiretos, em uma série de normas que submetem as doações indiretas<sup>286</sup> às regras substanciais das doações<sup>287</sup>. Assim os arts. 1.001, 1.010, 1.091, 1.704, 1.794 do Código Civil italiano de 1865 e 453 do Código Comercial italiano de 1882. Em matéria de partilha indireta, pode ser invocado o art. 1.039 do mesmo Código Civil<sup>288</sup>.

285. Analogicamente hoje a emissão cambial, cuja importância corresponde à quantia recebida mais os juros estipulados, esconde, muitas vezes, práticas usurárias.

286. Sobre as quais, cf., por último, o que escreve Scuto, p. 1.078 do seu *Corso delle Donazioni* (Catânia, 1928).

287. As doações indiretas, ao contrário, não estão submetidas aos requisitos de forma das doações, justamente porque indiretas, ou seja, por serem realizadas mediante um negócio diverso do contrato de doação. É essa a opinião dominante, não obstante a dissensão de Ascoli. Cf., sobre a questão, o citado *Corso* de Scuto, p. 1.082.

288. Aos mesmos princípios recorre o art. 1.077, nº 3, do Código Civil de 1865.

Trata-se, em substância, de disposições<sup>289</sup> cujo objetivo é disciplinar um determinado resultado, qualquer que seja o meio jurídico pelo qual é obtido.

Afinal, a teoria tradicional da nulidade dos negócios em fraude à lei constitui apenas uma aplicação especial de uma regra geral que visa aos negócios indiretos.

Há, com efeito, normas que, respeitando a um determinado resultado prático qualquer que seja o instrumento jurídico usado para alcançá-lo, devem ser aplicadas desde que as partes visem a tal resultado.

Caso este resultado seja, de per si e totalmente, ilícito, será, em consequência, nulo o negócio que visa a alcançá-lo (embora as partes o pretendam apenas indiretamente). Contrariamente, não sendo ilícito, de per si, o resultado, deverão ser observadas as

289. Tais são, por exemplo, com freqüência, as normas do direito social. Duvida-se sejam tais – sempre e necessariamente – as normas fiscais. O problema se prende, afinal, ao do caráter do direito fiscal e da interpretação dele; a opinião tradicional, invocando o princípio *nulla contributio sine lege*, julga impossível a aplicabilidade da norma fiscal além do negócio nela visado; em sentido diverso uma orientação, freqüente entre os fiscalistas, invocando a respeito o princípio de visar, a norma fiscal, à substância econômica do ato, e acrescentando que, embora sendo válidos, esses negócios estão sujeitos à tributação, esta seria devida mesmo que tivessem as partes visado a evitar, de forma indireta, tal tributação. Com efeito, o negócio indireto fiscalmente fraudulento (qualquer que seja a orientação adotada quanto aos casos em que se verifica a fraudulência), não é, por isto, nulo; está, porém, sujeito à tributação do negócio direto correspondente. Tal consequência se coaduna justamente com os princípios do texto. Quanto ao problema de ser fiscalmente fraudulento um negócio que visa, indiretamente, a alcançar um resultado que estaria sujeito a uma tributação mais pesada caso fosse alcançado diretamente, cumpre, talvez, levar em conta duas questões distintas: a) a possibilidade de ser, o conceito fiscal, quanto a um determinado ato, diverso do conceito correspondente do direito privado, e de poder, por isso, abranger mais negócios que, entretanto, no direito privado, são encarados como diversos; b) a possibilidade de ser, à vista do seu fim, um negócio, tributado, apesar de visar, a norma fiscal em apreço, a um ato diverso, o que contrariaria o princípio *nulla contributio sine lege*, que, parece-me, fica sempre básico e deve sempre ser respeitado.

normas determinadas<sup>290</sup> a este contrato mesmo que as partes visem a alcançar o fim através de um negócio indireto, mantendo-se, entretanto, válido o negócio realizado pelas partes.

A doutrina tradicional da fraude à lei levou em conta, prevalentemente, a primeira hipótese, descuidando da segunda: cumpre, entretanto, encarar ambas as hipóteses acima indicadas<sup>291</sup>.

O negócio indireto fica, portanto, subordinado, quer quanto à validade, quer quanto à disciplina, a duas ordens de normas jurídicas: as que dizem respeito ao tipo de negócio adotado, e as que concernem à função deste no caso concreto. No que diz respeito ao primeiro problema é preciso ter em conta as normas que concernem a um determinado negócio, independentemente dos fins últimos visados pelas partes<sup>292</sup>; no que se refere ao segundo problema, cumpre, ao contrário, levar em conta as normas que respeitam a um determinado efeito, qualquer seja o negócio adotado pelas partes e isso, justamente, para evitar seja um negócio usado fraudulentamente<sup>293</sup>.

290. Ou seja, caso seja ilícito evitar a aplicação de determinadas normas, sendo, porém, possível, observadas estas normas, alcançar o fim visado pelas partes. Uma exemplificação da distinção do texto encontra-se – fora do domínio do direito fiscal lembrado na nota anterior –, com freqüência, na prática, na hipótese da conclusão de um contrato de emprego a prazo determinado, prorrogável, para alcançar o resultado de um contrato a prazo indeterminado, iludindo porém as normas que respeitam à indenização nos contratos de emprego a prazo indeterminado. Nesta hipótese é lícito querer alcançar o fim de um contrato de emprego a prazo indeterminado; ilícito, porém, querer iludir a aplicação das normas a respeito, sendo, por isso, que a jurisprudência encara nesta hipótese o contrato como válido, mas sujeito às normas que concernem os contratos a prazo indeterminado no que respeita à tutela do empregado.

291. Realmente, quer no âmbito do direito social, quer naquele do direito fiscal, o que é, com maior freqüência, objeto de discussão não é a nulidade ou a validade do negócio, mas a sujeição dele às normas que visam a um negócio diverso, cujos fins as partes visam, indiretamente, a alcançar.

292. Cf. o anterior nº 11.

293. Trata-se, com efeito, de normas que têm em conta o resultado concreto alcançado, embora indiretamente, pelo negócio. É por isso que os fins visados – consensualmente, embora indiretamente – pelas partes, devem ser levados em conta. Esta consequência coaduna-se com o princípio de

Os problemas que respeitam ao negócio indireto decorrem justamente da necessidade de identificar os limites em que o fim visado indiretamente é, juridicamente, relevante ou irrelevante; quando deva, ele, ser levado em conta e quando, ao contrário, não o possa, quanto à disciplina do negócio. Isto, afinal, se coaduna com o problema da irrelevância, em geral, dos motivos; da relevância, no entanto, deles, em alguns casos, quando comuns a todas as partes que participam do negócio<sup>294</sup>.

### 13. Desenvolvimento histórico do negócio indireto

Lícitos ou fraudulentos, os negócios indiretos, criação da prática contratual, surgem, primeiro, como aplicações anormais de determinados negócios jurídicos; no mundo antigo, são particularmente a venda e o empréstimo, este último quase típico quanto a todas as relações de crédito<sup>295</sup>, que dão lugar a negócios indiretos.

A sua existência, afinal, denuncia um contraste entre a situação da prática e o sistema jurídico positivo.

Às vezes, este contraste prende-se à uma reação fraudulenta da prática; às vezes a exigências que merecem ser consideradas para obter uma disciplina jurídica adequada que as satisfaça, constituindo então o negócio indireto um meio para coadunar os institutos tradicionais com novas exigências da prática<sup>296</sup>.

deverem-se levar em conta os motivos comuns a todas as partes (embora não os particulares a cada uma) na avaliação da licitude do negócio. Pode-se acrescentar que a disciplina jurídica decorrente de um contrato respeita, ela também, a um determinado resultado prático, resultando, por isso, em princípio, ilícita uma atitude que, embora indiretamente, vise a ilidir as obrigações contratuais.

294. Esta distinção sói ser esquecida, quer pelos que acham dever-se, constantemente e sob qualquer aspecto, levar apenas em conta o fim último visado pelas partes, descuidando da natureza diversa do negócio adotado a respeito; quer pelos que, no extremo oposto, acham dever-se apenas levar em conta a natureza do negócio, descuidando, em qualquer hipótese, o fim visado pelas partes.

295. A observação é de Mitteis.

296. Como repetiu a Cassação do Reino de 4 de agosto de 1936, nº 3.162 em *Foro Italiano*, 1936, I, 1.388.

É por isso que, às vezes, tendem os negócios indiretos, com o correr do tempo, a sofrer uma transformação.

Sob a pressão das exigências práticas, por obra da jurisprudência e da doutrina, vão sendo, às vezes, aos poucos, e, simultaneamente, reconhecidos e transformados, admitindo-se, às vezes, a licitude deles até quando anteriormente negada; acabando, às vezes, por adquirir disciplina própria e autônoma, ora como negócios abstratos e simbólicos cuja remota origem aparece somente em um formulário adaptável, porém, a todos os usos<sup>297</sup>, ora como negócios causais, cuja causa é justamente constituída pelo escopo que, de início, as partes objetivam indiretamente<sup>298</sup>.

O negócio indireto representa, então, como que uma ponte de passagem histórica; novas exigências, de início satisfeitas, apenas 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.

O interesse histórico e social deste fenômeno não é escasso para quem lembre representar, ele, um dos meios com que o direito, com aproximações sucessivas, vai, na evolução histórica, continuamente satisfazendo as exigências – sempre novas e sempre diversas – da vida.

Às vezes poder-se-ia quase falar em “invenções” jurídicas, tal como, em outro domínio, se fala em “invenções” técnicas, ou seja, soluções novas de determinados problemas utilizando princípios jurídicos já conhecidos.

297. Foi justamente esse estágio ulterior da evolução que Rabel teve particularmente em vista, ao falar de *nachgeformte Rechtsgeschaeft*.

298. Merece ser lembrada a história do *trust* inglês; negócio indireto fraudulento, na sua origem histórica, para iludir a proibição editada com o *Statute of Use* de 1535; depois encarado como negócio autônomo lícito. Cf. Radin, *Anglo-American Legal History*, p. 434; “The grant was made to A for the use of B for the use of C and, as the statute executed only the first use, the situation was that which had prevailed before the statute”. Cf., também, Maitland, *Equity*, ed. Cambridge, 1936, p. 106.

#### 14. Aplicações de direito moderno

Nas considerações precedentes, descuidei deliberadamente as hipóteses de direito moderno.

Realmente, é inegável ser, o fenômeno do negócio indireto, mais raro nos sistemas modernos do que nos antigos. Essa diferença pode derivar não só do formalismo do direito antigo, que tornava mais fácil a utilização de uma mesma forma para objetivos diversos e, ao mesmo tempo, parecia menos hostil aos atos em fraude à lei, como também da maior elasticidade dos sistemas jurídicos modernos, dominados pelo princípio da validade de qualquer convenção lícita.

Mas nem por isso se excluem os negócios indiretos do âmbito do direito moderno<sup>299</sup>. Com efeito, o próprio Código Civil,

299. Esta possibilidade é, às vezes, negada. Torna-se evidente, porém, através das considerações e exemplificações deste estudo. A justificativa prática do recurso das partes a um negócio indireto é naturalmente diversa nos vários casos. Às vezes, decorre da vontade das partes de aproveitar aquela segurança jurídica que é própria de um negócio legalmente conhecido, estudado, nominativamente disciplinado pela lei, examinado pela jurisprudência: análoga exigência de certeza jurídica é aquela em virtude da qual doutrina e jurisprudência, na construção do qualquer contrato, visam a enquadrá-lo em esquemas conhecidos, até resistindo – e, às vezes, injustificadamente – a admitir tratar-se de um novo tipo de contrato. Às vezes a justificativa do negócio indireto encontra-se em motivos fiscais (cf. Calamandrei, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931, I, 50) e o problema da sua disciplina prende-se, então, aos discutidos problemas acerca da interpretação das leis fiscais e da delimitação do conceito de fraude fiscal. Às vezes o recurso ao negócio indireto decorre do fato de que, para alcançar o efeito visado, não poderiam as partes aproveitar um negócio diverso, enquanto, apesar do princípio da liberdade contratual, tal efeito pode decorrer apenas da conclusão de um determinado negócio jurídico. É o que se verifica quanto à constituição do patrimônio separado, o que explica a importância do problema do negócio indireto no domínio das sociedades comerciais. É o que se verifica, em geral, quanto a efeitos de direito real (e tal é, afinal, sob um certo aspecto, a constituição do patrimônio separado acima lembrado), pois os direitos reais são nominativamente disciplinados, não sendo possível a constituição de direitos reais diversos dos legalmente previstos. Caso, portanto, queiram as partes disciplinar uma situação que não corresponde a

explicitamente, no-lo indica em algumas de suas disposições, que, tendo, precisamente em vista regular determinados resultados econômicos à revelia do instrumento jurídico escolhido, deviam preocupar-se com o negócio indireto. Vejam-se os já citados arts. 1.001, 1.010, 1.039, 1.091, 1.794<sup>300</sup>.

No direito comercial moderno, não são demasiado raros os fenômenos que merecem ser considerados sob o ponto de vista desenvolvido nas considerações precedentes; mais freqüentes ainda são, eles, no direito fiscal.

É para alguns desses fenômenos do moderno direito mercantil que, prescindindo da hipótese agora assaz conhecida e discutida dos negócios fiduciários, eu me permito chamar a atenção<sup>301</sup>.

Afinal, a doutrina do negócio indireto visa, de um lado, a esclarecer os limites da teoria da simulação, proporcionando, con-

nenhum dos direitos reais diversos dos legalmente previstos, adquirindo, no entanto, o *accipiens*, um direito real, deverão, necessariamente, recorrer a um negócio indireto, que não irá, aliás, à vista do princípio acima lembrado, realizar plenamente o intento delas.

300. Já noticiei que o negócio indireto foi tomado em consideração pela doutrina tradicional na teoria das doações, onde se fala, com efeito, em doações indiretas; tal, justamente, o conhecido *negotium mixtum cum donatione*. Admitida a unicidade do contrato (cf. M. Mueller, *Ihering's Jahrbuecher*, vol. 48, p. 209; a doutrina italiana é incerta), parece-me mais exato ver no *negotium mixtum cum donatione* um negócio indireto, e não um contrato misto no sentido que hoje, com significado bem diverso daquele da terminologia de Grocio e de Poyhier, se dá a esse termo. A causa desse negócio é, com efeito, sempre e somente a do negócio adotado, e nunca a doação. Levar-se-á, portanto, em conta, quanto à forma, a disciplina do negócio adotado; quanto à capacidade a receber, aquela das doações. Cf. o meu comentário *cit* em *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, II, 462. O inverso do *negotium mixtum cum donatione* pode, sob certos aspectos, ser encontrado nas doações modais, às quais se aplicam, com efeito, algumas regras do negócio oneroso (cf. Scuto, pp. 1.052 ss.), muitas vezes em uma medida correspondente à da onerosidade que resulta do *modus* (assim, o art. 1.077, nº 3, do Código Civil); cf. também, no que respeita à aceitação da doação, o art. 1.170 de Código Civil brasileiro), ficando no entanto, sujeitas aos requisitos de forma das doações.

301. Cf. já Bonfante e Sraffa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, I, 649.

seqüentemente, quanto às hipóteses de negócio indireto, uma disciplina jurídica diversa e, parece-me, preferível àquela que decorreria dos princípios da simulação; de outro lado, visa a evidenciar um fenômeno sociológico e histórico, ressaltante da utilização de um determinado negócio para conseguir fins diversos daquele que lhe é, tipicamente, peculiar, evidenciando, assim, um contraste entre a estrutura legal e a prática contratual. Este contraste, às vezes, pode representar uma reação fraudulenta da prática, às vezes, porém, o indício de exigências que merecem ser satisfeitas e que, acabam, na evolução histórica do direito, por serem satisfeitas com a disciplina de um novo negócio.

### 15. Sociedade simulada

Considere-se, por exemplo, a sociedade por ações com um único sócio – meio indireto para exercer, com responsabilidade limitada, um comércio individual: *imaginaria societas*, dir-se-ia em linguagem romana.

É freqüente o caso de sociedades que, embora constituídas por várias pessoas, são, no entanto, substancialmente dominadas por uma só, visando a proporcionar a esta a possibilidade de exercer o comércio com responsabilidade limitada. As demais pessoas que intervêm no ato constitutivo são normalmente amigos complacentes (o advogado que redigiu a ata, parentes etc.), que, com freqüência, logo após a constituição da sociedade, cedem as próprias ações ao único sócio e cuja participação é, de qualquer forma, irrisória e motivada por amizade<sup>302</sup>.

302. A hipótese é tão freqüente que parece inútil aduzir exemplos. Cf., todavia, como exemplificação, no *Bollettino Ufficiale delle Società per Azioni*, a S. A. Bertolini Palace Hotel de Nápoles, capital de 1 milhão de liras, das quais 990.000 subscritas por Bertolini e 10.000 pelo advogado Fortunado (Boll., 1927, f. 48, p. 41); *The Artistic Florentine House*. Enrico Neppi, Florença (transformação de firma individual; presentes ao ato a mulher e os filhos) (Boll., 1928, fasc. 8, p. 46); S. A. África Italiana, Milão (capital de 220.000 liras, das quais 219.000 subscritas pelo sr. Giulio Fiocchi e 1.000 pelo sr. Constantino Fiocchi) (Boll., 1928, fasc. 24, p. 126); S. A. Italiana Elettricità e Trazione, Milão (tendo comparecido ao ato constitutivo

Doutrina e jurisprudência consideraram esse contrato do ponto de vista da simulação, ora negando-a, ora admitindo-a. Seguindo a doutrina de Ferrara, a existência da simulação foi, por exemplo, negada pela jurisprudência da Corte Suprema<sup>303</sup>, por ser ela inconciliável com a intervenção do juiz na constituição da sociedade por ações, sendo que desta intervenção, e não do contrato entre os sócios, decorreria a personalidade jurídica da sociedade; por isso a Corte Suprema excluiu a possibilidade de simulação e admitiu a validade da sociedade na hipótese acima lembrada, desde que regularmente homologada pela autoridade judiciária.

Provavelmente, a simulação é admissível também na constituição das sociedades por ações. A doutrina mais autorizada e a constante jurisprudência em matéria de sociedades irregulares<sup>304</sup> afirmam que a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial da sociedade, também no caso das sociedades anônimas, assentam no contrato.

A homologação, bem como a publicidade, constitui só a condição para a regularidade da sociedade; a sua falta acarreta a aplicação das sanções específicas das sociedades irregulares.

A meu ver, no direito italiano do Código de Comércio de 1882, a publicidade em matéria de constituição de sociedades comerciais tem caráter declaratório e não pode ser convenientemente entendida e avaliada senão quando, antes que às formas

o senador Della Torre e empregados seus) (Boll., 1928, f. 8, p. 128); S. A. Old. England, Milão (Boll., 1928, f. 8, p. 20); e assim por diante.

303. Cf. Ferrara, *Simulazione* n.º 10, II; Cass., 17 de novembro de 1927, *Foro Italiano*, 1928, I, e, a propósito da comandita, 6 de agosto de 1925, *Foro Toscano*, 1926, 3. Uma resenha da jurisprudência anterior sobre a matéria se acha no estudo sobre esse tema, de Castellett, em *Diritto Fallimentare*, 1929, estudo ao qual me reportarei mais adiante. Recorde-se, que, no direito italiano, a constituição das sociedades por ações está submetida a um controle da legalidade por parte da autoridade judiciária, constituindo, este, um caso de jurisdição graciosa.

304. As considerações que seguem respeitam ao sistema jurídico italiano do Código de Comércio de 1882. Elas são, no entanto, em parte, aplicáveis a todos os sistemas que não fazem da publicidade uma condição para que a sociedade adquira sua personalidade.

dos negócios, seja aproximada do sistema geral da publicidade declaratória comercial<sup>305</sup>.

Ver-se-á, então, que as sanções por falta de publicidade das sociedades comerciais são substancialmente idênticas às que têm lugar quando falta uma publicidade legal declaratória, insubstituível, em sua eficácia jurídica, pela publicidade de fato; de um lado, portanto, a responsabilidade pessoal dos que agiram em nome da sociedade, e, de outro – sendo que as duas sanções se completam reciprocamente –, a impossibilidade de oporem, os sócios, a terceiros, o contrato social que não foi publicado, de maneira que estes poderão cumular, com a ação movida contra a sociedade, a ação pessoal contra aqueles com os quais contrataram<sup>306</sup>.

305. Na mesma ordem de idéias, Valeri, em seu comentário sobre o assunto (*Foro Toscano*, 1926, p. 3), observa que a publicidade é organizada para “tutela della buona fede dei terzi, a favor loro (dimodoché, i patti non pubblicati non sono ad essi opponibili), nè può ritorcersi mai a loro danno (dimodochè sono essi autorizzati a dimostrare l'esistenza dei patti non pubblicati con ogni mezzo di prova)”. São esses os princípios gerais adotados no nosso código em matéria de publicidade declaratória. Confrontem-se sob esse aspecto os arts. 231, 369, 370 do Código de Comércio. Vivante, seguido por Dominedó, frisou essa similitude quanto à responsabilidade prevista no art. 98; creio, porém, que deve ser afirmada mesmo a respeito da inoponibilidade de que trata o art. 99.

306. Quanto às anônimas, no entanto, há uma orientação favorável a que não responda o patrimônio social pelos atos praticados pelos diretores antes de arquivada a sociedade. Cf., no direito brasileiro, art. 55, parágrafo único, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (na legislação atual: art. 99, parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e, no Código Civil italiano de 1941, art. 265, livro do trabalho. O arquivamento, nesta hipótese, tem um alcance maior que o notado no texto com relação à disciplina legal do Código italiano de 1882. No entanto, também nesta hipótese, pode-se duvidar se a simulação seja inoponível em virtude do arquivamento e sustentar que, ao contrário, ela constitui sempre um vício da sociedade, embora arquivada, sujeita à disciplina própria dos vícios que respeitam à validade do contrato social (cf., no direito brasileiro, arts. 155 e 138 do citado Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940; vejam-se também os arts. 285 e 206 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). A orientação acima lembrada acerca dos efeitos do arquivamento quanto às sociedades anônimas, de um lado, frisa a diversa disciplina da sociedade não-registrada e da nula; de outro lado, evidencia poderem os

A analogia por mim afirmada, evidencia-se, ao observar-se que, quando um terceiro invoca a responsabilidade do sócio, pode este, opor a limitação da própria responsabilidade, decorrente do contrato, demonstrando que, embora não publicado o contrato, tal limite era, no caso concreto, conhecido do terceiro. Esta conclusão é conforme ao princípio geral vigente nas várias hipóteses de publicidade declaratória<sup>307</sup>.

Por isso, na hipótese da sociedade anônima (irregular) e em comandita (irregular), quando o terceiro invoca a responsabilidade do sócio, cabe a este demonstrar que o terceiro tem conhecimento da sua qualidade de sócio limitadamente responsável, ou seja, de acionista ou de comanditário.

Partindo dessas premissas, pode-se afirmar que a autoridade judiciária<sup>308</sup>, ao homologar o ato constitutivo da sociedade, efetua um ato de jurisdição voluntária, do qual não depende a validade do contrato e que não lhe sana os vícios.

A simulação, por conseguinte, é possível na constituição da sociedade por ações<sup>309</sup>; dará lugar à invalidade do contrato ou à

terceiros ser mais tutelados quanto às suas relações com uma sociedade anônima viciada (mas arquivada) do que não o sejam quanto a uma sociedade anônima não arquivada (embora não viciada quanto à sua constituição). Este resultado se coaduna, de um lado, com o fato que os terceiros podem com extrema facilidade verificar o registro da sociedade, ao passo que só dificilmente podem verificar a validade dela; de outro lado, com a peculiar importância do registro quanto a sociedades anônimas, o que justifica uma disciplina eventualmente diversa quanto aos demais tipos de sociedade.

307. Cf., no sentido do texto, *Cass. del Regno*, 31 de janeiro de 1930, *Massimario, Foro Italiano*, 1930, nº 359, p. 74, e 1º de fevereiro de 1930, *Massimario*, cit., nº 379, p. 78. (No direito brasileiro, cf., porém, Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. III, p. 133.)

308. Nota de atualização: Com a extinção dos Tribunais do Comércio, a atribuição de registro dos contratos sociais passou à autoridade administrativa, atualmente, às Juntas Comerciais de cada Estado, no Brasil. Inexiste hoje, no Brasil, portanto, homologação judicial de contrato de sociedade.

309. Cf. também Messineo *Le Società Collegate*, cit., p. 21; Dominedó, *Anônima Apparente*, cit., p. 25. A admissibilidade da simulação não desaparece nem sequer nas hipóteses em que a constituição das sociedades deve

sua redução a um negócio diverso ou ao prevailecimento das cláusulas reais sobre as fictícias<sup>310</sup>, e isto quer entre os sócios, quer quanto aos terceiros que o queiram<sup>311</sup>.

Eis por que, em alguns dos casos examinados pela jurisprudência italiana, considero a simulação admissível e creio que se deva, então, atender à respectiva disciplina, dissentindo assim daquela Corte Suprema.

Na hipótese, por exemplo, que se apresentou à Cassação com a sentença de 6 de agosto de 1925, acho deviam ter os terceiros o direito de provar quais fossem as cláusulas efetivamente pactuadas pelos sócios, embora em contraste com as publicadas<sup>312</sup>.

## 16. Disciplina das nulidades das sociedades comerciais

A simulação, como acentuei, dará lugar à invalidade da sociedade, à sua redução a um negócio diverso, à substituição das cláusulas simuladas pelas verdadeiras<sup>313</sup>, do contrato social simulado pelo negócio efetivamente realizado.

ser precedida de autorização governamental. Também nesse caso, o Estado não participa, de modo algum, na criação da pessoa jurídica social, nem lhe sana os vícios. A autorização constitui algo de distinto, que *extrinsecus venit* e não sana os vícios de constituição, de maneira que, contrariamente à opinião de Castellett no comentário citado, é possível haver simulação mesmo nesses casos.

310. Note-se portanto poder, a simulação, respeitar à constituição da sociedade ou a uma das cláusulas estatutárias ou à subscrição de um dos subscritores.

311. No direito brasileiro cf., porém, a contrária orientação do art. 302, Código Comercial.

312. A sentença foi publicada no *Foro Toscano*, 1926, 3, com comentário crítico de Valeri, que chega justamente às conclusões adotadas no texto. Concorde, portanto, com Pic (*Daloz per.*, 1928, I, 35), ao aprovar a sentença de 11 de abril de 1927 da Cass. Francesa (*Daloz per.*, I., *cit*). Se, por exemplo, os sócios ao constituir a sociedade, convencionaram, *interna corporis*, objeto diverso do que consta da publicação do ato constitutivo, os terceiros podem invocar contra esses mesmos sócios o objeto efetivamente determinado.

313. Não poderá, a simulação, ser oposta aos terceiros de boa-fé; poderá, porém, ser invocada pelos terceiros; poderá ser invocada *inter partes*

Particular importância pode apresentar o caso da simulação quando não afere uma cláusula do contrato<sup>314</sup>, mas a própria constituição da sociedade ou a subscrição de um dos sócios.

Qual a disciplina jurídica aplicável nessa hipótese? O caráter especial da sociedade comercial influi sobre o regime decorrente da simulação? Limitar-me-ei a poucas observações, à vista da escassez de literatura sobre a matéria<sup>315</sup>, sem aprofundar um argumento que me levaria muito além do meu tema.

A simulação prende-se à validade da sociedade ou da subscrição e não à irregularidade da sociedade. No contrato de sociedade comercial, a irregularidade (por falta ou vícios da publicidade)<sup>316</sup> é evidentemente distinta da invalidade da própria constituição, e a disciplina da primeira hipótese não pode, é claro, aplicar-se à segunda<sup>317</sup>; prende-se, a primeira hipótese, à teoria das sociedades irregulares, a segunda, à das sociedades nulas<sup>318</sup>.

prevalendo, então, o que foi realmente convencionado. (No direito brasileiro, cf., porém, art. 302, Código Comercial brasileiro, que declara "nula" toda "cláusula ou condição oculta contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato".)

314. O vício de uma singela cláusula não acarreta — lembre-se — de per si, um vício do contrato, à vista do princípio *utile per inutile non vitiatur* (Código Civil brasileiro, art. 153). Por isso cumpre, antes de mais nada, distinguir entre o que respeita a uma cláusula singela e o que respeita ao contrato ou à subscrição de um sócio. Veremos, mais adiante, como, também no caso de respeitar o vício, à subscrição de um sócio, não há, necessariamente, um vício do contrato no conjunto.

315. O melhor estudo é o de Hemard, em seu *Traité des Nullité des Sociétés et des Sociétés de Fait*, 2ª ed., Paris, 1926, ao lado do qual me limito a recordar a que escreve Manara, em seu tratado sobre as sociedades comerciais. Cf. agora as obras citadas de Auletta e Ghidini.

316. A disciplina da sociedade não constituída por escrito (denominada "de fato") é, a meu ver; por seu turno, no direito italiano do Código de 1882, a da sociedade irregular. Ensina-se que o instrumento escrito, na constituição da sociedade, não é nem *ad substantiam*, nem *ad probationem*, mas, justamente, *ad regularitatem*. (No direito brasileiro cf., porém, arts. 303 e 304, Código Comercial; art. 55, Decreto-Lei. nº 2.627, de 26 de setembro de 1940; art. 99 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.)

317. No campo das sociedades e, especialmente, das sociedades por ações, a tendência de leis recentes, em homenagem às exigências de tutela dos ter-

No que diz respeito, em geral, à validade da sociedade, cumpre distinguir o que se refere ao contrato no seu conjunto e o que se refere à subscrição de cada sócio, considerando separadamente, quer na primeira, quer na segunda hipótese, as relações internas entre os sócios e as relações da sociedade com terceiros.

Acerca das conseqüências da nulidade do contrato nas relações internas, a doutrina dominante admite que a sociedade nula seja liquidada com as normas da comunhão, prescindindo assim das cláusulas peculiares ao contrato social<sup>319</sup>.

Acerca das relações externas, creio eu se devam distinguir as sociedades em que intervém a homologação da autoridade judiciária e aquelas que, ao contrário, não sofrem a intervenção dessa homologação.

Nas primeiras, com efeito, não se pode fazer valer a nulidade da sociedade sem, implicitamente, revogar o ato administrativo da homologação do ato constitutivo no domínio da jurisdição voluntária. Ora, essa revogação, no que respeita aos terceiros — que, afinal, confiaram na legalidade de um ato verificado tal pela autoridade legalmente competente para tal verificação —, não pode ter efeito senão *ex nunc*<sup>320</sup>. Devem, portanto, ressalvar-se os direi-

ceiros, é a de considerar os vícios do contrato (distintos dos de publicidade) quais causas de anulabilidade ou até de liquidação (cf. §§ 295 e 309, Código Comercial alemão), ou a de sujeitá-los a prazos curtos de prescrição (ao passo que são, obviamente, imprescritíveis os vícios de publicidade, que poderão ser sempre invocados, enquanto não saneados): cf. Decreto francês, de 30 de outubro de 1935. No direito brasileiro, cf., os arts. 155 e 138 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e, na legislação atual, arts. 285 e 206 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

318. A distinção entre a "invalidade" e a "irregularidade" da sociedade foi acentuada na doutrina moderna, em contraste com a mais antiga doutrina francesa que encarava até os vícios de arquivamento e publicidade como vícios de "nulidade". A doutrina das sociedades "irregulares" assenta justamente na disciplina peculiar aos vícios de arquivamento e publicidade, diversa daquela que respeita aos vícios que concernem à conclusão do contrato social.

319. Assim, Manara, Navarrini, Hemard.

320. Cf. von Tuhr, I, 493. Quanto à falência das sociedades nulas, v. Mossa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, I, 462, argumentando porém do

tos dos terceiros, mesmo independentemente da responsabilidade dos sócios a seu respeito.

Nas segundas, ao contrário, faz-se mister aplicar as regras gerais do direito civil, admitindo uma eficácia *ex tunc* mesmo quanto aos terceiros<sup>321</sup>, que poderão, no entanto, invocar a responsabilidade daqueles com os quais contrataram. Essa responsabilidade, na hipótese da simulação, implica justamente, segundo a construção de Ferrara, na impossibilidade de opor a simulação a terceiros de boa-fé.

Quando o vício não concerne ao contrato social em sua inteireza, mas à adesão de um determinado sócio, sou de parecer que se deve distinguir a nulidade ou a anulabilidade da manifestação singela, e a influência desta anulação sobre a validade da sociedade na sua inteireza.

Quanto à primeira, devemos aplicar as regras gerais civis e, portanto, admitir uma anulação *ex tunc*, mesmo quanto aos terceiros<sup>322</sup>. A anulação da adesão de um sócio, no entanto, embora afete o contrato da sociedade, pode acarretar apenas a anulação *ex nunc* deste.

princípio da tutela da aparência de direito. No sentido do texto, cf., agora, Auletta, *Il Contratto di Società Commerciale*, p. 279 (que, aprovando a tese do texto, acha, no entanto, possível justificar, com argumentos diversos, uma solução prática semelhante, mesmo quanto às sociedades não sujeitas à homologação); em sentido contrário, Ghidini, *op. cit.*, p. 168. O problema apresenta-se mesmo quando os vícios de constituição da sociedade sejam encarados como simples vícios de anulabilidade e não de nulidade. A anulação, com efeito, agiria *ex tunc*, salvo se admitidas as considerações do texto. Alcança-se, entretanto, um resultado prático quase análogo ao decorrente da regra, do texto, encarando os vícios de constituição quais causas de liquidação da sociedade (cf. no direito brasileiro art. 138 do cit. Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). O problema apresenta-se, também, quanto à nulidade de uma cláusula estatutária; também neste caso penso dever-se excluir, quanto aos terceiros, o efeito retroativo de declaração do nulidade, quando a cláusula tinha sido homologada.

321. Cf. Manara, *Società*, I, 141; Hemard, p. 81.

322. Há, no entanto, uma tendência favorável a excluir, também neste caso, a retroatividade da anulação relativamente aos terceiros. Cf., agora neste

Na organização da sociedade, encontramos, de fato, uma série de normas estabelecendo que determinadas causas, embora provocando a dissolução da simples obrigação social, não acarretam a dissolução da sociedade em seu conjunto. Típica, a esse propósito, é a disciplina do inadimplemento de um sócio, a qual não implica na dissolução da sociedade comercial, mas somente naquela do vínculo do sócio inadimplente (arts. 168 e 186 do Código Comercial).

Esta disciplina não pode aplicar-se diretamente ao nosso caso, porque é diversa a hipótese da inexecução de uma obrigação e a da sua nulidade, mas, quando comparada às correspondentes normas do direito civil (art. 1.165), demonstra-nos a possibilidade de distinguir entre a obrigação de cada parte e o contrato de sociedade em seu conjunto<sup>323</sup>.

Os princípios acima lembrados podem ser aplicados, respectivamente, à simulação da própria constituição da sociedade e àquela da subscrição do sócio.

É preciso no entanto lembrar que, enquanto em virtude de uma transferência das ações participem da sociedade, sucessivamente, acionistas alheios à simulação, dar-se-ão particulares conseqüências.

Com efeito, embora a constituição originária da sociedade ou uma das subscrições fosse simulada, a simulação não poderia ser oposta ao novo acionista de boa-fé. Por isso, o novo acionista poderá invocar o contrato social qual foi, aparentemente, concluído: o que houvesse sido realmente convencionado na constituição

sentido, Auletta, *op. cit.*, p. 316. Sempre prevalece, naturalmente, a responsabilidade perante os terceiros, dos que contrataram com eles.

323. Prosseguindo nessa direção, chegou-se a admitir que a nulidade de uma subscrição singela, não constitui nem sequer causa de dissolução da sociedade, à menos que acarrete a impossibilidade de conseguir o objeto social. Cf. Ascarelli, *Appunti di Diritto Commerciale*, Roma, 1936, vol. II, p. 97, 3ª ed.; e, especialmente, Auletta, *Il Contratto di Società*, Milão, 1937, p. 260; Ghidini, *op. l. cit.*, nº 61; arts. 259 e 285, Livro Obrig. do Código Civil italiano (1941).

originária poderá, no entanto, ser invocado contra aqueles que nela houvessem tomado parte.

#### 17. Concentração das ações. Responsabilidade do acionista. Sociedades coligadas.

Desimpedido assim o terreno, voltamos à hipótese de *imaginaria societas*, que foi o nosso ponto de partida.

Cumpre, preliminarmente, lembrar, a respeito, qual seja, no direito italiano do Código de Comércio de 1882, a disciplina no caso de acabarem, todas as ações de uma sociedade por ações, por pertencer a um único acionista. Com efeito, na hipótese em exame visa-se, justamente, à concentração das ações da sociedade em uma única pessoa.

É opinião dominante, no direito italiano, que a sucessiva redução dos acionistas a um só, não constitui causa de dissolução da sociedade anônima por ações. A pluralidade das partes é, conforme este ensinamento, um dos requisitos necessários à constituição, não à permanência da sociedade. Tal distinção não deve causar estranheza, pois encontra correspondência em numerosas outras normas quanto à constituição das sociedades comerciais. Assim, a integridade do capital é um requisito necessário para a constituição da sociedade e não para a sua permanência, dissolvendo-se a sociedade somente quando o seu patrimônio estiver reduzido a menos de dois terços do capital (art. 146, Código Comercial).

O contrato, com a indispensável pluralidade das suas partes, é elemento necessário para que surja a pessoa jurídica; esta, no entanto, uma vez surgida, pode continuar a viver independentemente desse elemento de sua constituição<sup>324</sup>.

324. Ao assunto é dedicado o último estudo de Bonelli, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1926, I, 167; cf. agora, na doutrina mais recente, Auletta e Ghidini, *op. l. cit.* (no sentido do texto). Em jurisprudência, *Cass. del Regno*, 8 de novembro de 1928 e 5 de junho de 1928, a primeira no *Foro Italiano*, 1929, I, 265, e a segunda na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1929, II, 154, com comentário de Sraffa.

Desaparecida a pluralidade, é natural não tenha mais sentido falar-se em contrato social<sup>325</sup>, mas econômica e juridicamente têm sentido falar-se de pessoa jurídica e de patrimônio autônomo<sup>326</sup>.

Na realidade, o próprio código, em sua taxativa<sup>327</sup> enumeração das causas de dissolução, não faz referência à concentração das ações em um único acionista<sup>328</sup>; na hipótese da sociedade em liquidação, admite a permanência da personalidade social após a extinção do contrato; a doutrina da pessoa jurídica nos ensina perdurar, a personalidade jurídica, mesmo depois de ter-se reduzido o *collegium* a um só membro<sup>329</sup>.

325. É por isso que, até independentemente das disposições particulares a respeito, a constituição da sociedade deve assentar na pluralidade das partes.

326. Quanto à possibilidade de aplicar estes princípios também às sociedades que não sejam sociedades anônimas por ações, cf. Bonelli, *op. l. cit.* (negando tal possibilidade).

327. Como sustentam, hoje, a doutrina e a jurisprudência dominantes.

328. Diversas são, a esse respeito, as normas de muitas legislações estrangeiras que estabelecem um número mínimo de acionistas (sete), quanto à constituição (cf. no direito francês, art. 23 da Lei de 14 de julho de 1867; no belga, art. 29, n° 1, do texto coordenado em 1° de junho de 1913; no direito brasileiro, art. 38, n° 1, do Decreto-Lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940) e quanto à subsistência da sociedade anônima, encarando, a concentração das ações, como um caso de liquidação (cf. no direito brasileiro, art. 137, letra d, do Decreto-Lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940). Conforme esta orientação, a existência de um único acionista não acarreta a confusão do patrimônio do sócio e da sociedade; acarreta, porém, a liquidação desta. Na recente Lei suíça (de 18 de dezembro de 1936) estabeleceu-se poder o juiz, a pedido de um acionista ou de um credor, mandar liquidar a sociedade, caso os acionistas sejam reduzidos a menos de três (art. 625). A doutrina encara neste artigo, praticamente, o reconhecimento da possibilidade legal da sociedade com um só acionista. (Cf. R. Goldschmidt, *Grundfragen des neuen Schweizerischen Aktienrechts*, St. Gallen, 1937. No direito alemão cf. Griebel, *Die Einmangesellschaft*, Berlim, 1933.)

329. A tese contrária à dominante foi sustentada repetidamente por Manara que, porém, parte, como premissa, da negação da personalidade jurídica da sociedade, em contraste com a opinião dominante. Manara sustenta, no entanto, que a dissolução da sociedade com um único sócio não se verifica quando o único acionista quer repor em circulação as ações concentradas em suas mãos, embora, ao contrário, se verifique nos demais casos. A

Nem, se quisermos ser coerentes, poderíamos admitir a responsabilidade pessoal do único acionista, a que faz referência Vivante. Se, não obstante a concentração das ações, a personalidade social permanece, é somente esta que, em princípio, responde pelos débitos sociais, e não se poderia encontrar fundamento jurídico bastante para a constante<sup>330</sup> responsabilidade pessoal do acionista<sup>331</sup>.

dissolução acabaria, portanto, dependendo dos resultados de um processo relativo às intenções do acionista. Justamente para evitar esse inconveniente, algumas legislações (cf. art. 137, letra d), do citado Decreto-Lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940 no direito brasileiro e art. 206, I, d, da Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976) estatuem a dissolução da sociedade somente depois que, por um certo prazo, a sociedade ficou reduzida a um número de acionistas inferior ao legal. Assim, no entanto, estas legislações praticamente reconhecem a possibilidade da sociedade, com um só acionista, o que fica mais claro lembrando que a própria liquidação depende, afinal, de haver um interessado que invoque o caso de liquidação decorrente da redução no número dos acionistas (cf. art. 38 da Lei francesa de 1867). Aliás, é fácil observar serem freqüentes as sociedades cujo acionista é, substancialmente, apenas um, e isso até nos países cujas leis frisam a importância de um número mínimo de acionistas quanto à subsistência de uma sociedade anônima, o que demonstra a escassa importância prática de uma proibição genérica.

330. No direito inglês (sec. 28, *Companies Act* de 1929), ao contrário, há a responsabilidade pessoal dos acionistas, quando a sociedade, por um prazo superior a seis meses, fique reduzida a menos de sete acionistas, tendo, estes, ciência dessa diminuição; não há, no entanto, dissolução da sociedade. Ensina-se ademais, no direito inglês, ser bastante, para a exclusão da sec. 28, seja a participação dos acionistas limitada a uma importância irrisória ou até apenas formal, tendo, por isso, afinal, a norma do art. 28 um alcance prático limitado. Cf. *Gore-Browne Handbook of the Formation Management and Winding up of Companies*, London, 1936, Jordan's edit., pp. 5 e 537. Isso demonstra ser de qualquer forma necessário cuidar, concretamente, das medidas que visem a combater as fraudes e a evitar os perigos decorrentes desta situação e a ser, ao contrário, impossível resolver, realmente o problema, levando em conta apenas o número de sócios. No Código Civil italiano de 1941 (art. 265 do livro do trabalho) adotou-se uma orientação análoga à do direito inglês, no caso de falência da sociedade e quanto à concentração de todas as ações nas mãos de um só acionista. Esta norma, se interpretada do mesmo modo que a sec. 28 da lei inglesa, tem, praticamente, um alcance limitado e não é bastante para resolver os problemas respeitadas; se, ao contrário, interpretada com referência ao acio-

nista que é, economicamente, o "dono" da sociedade poderá abrir a porta a constantes indagações sobre a situação econômica de cada sociedade, acabando então, afinal, por depender, a subsistência ou insubsistência da responsabilidade limitada, da apreciação do juiz acerca da importância das participações dos vários acionistas. Na realidade os problemas levantados pela concentração das ações não podem ser convenientemente resolvidos levando apenas em conta o número dos acionistas. Dando excessiva importância ao número dos acionistas chega-se, com facilidade, a não combater, eficazmente, as práticas fraudulentas que se pretendem ferir, ou a introduzir, no sistema das sociedades anônimas, uma perigosa incerteza.

331. Esse fundamento, consoante o sistema dos Códigos de 1865 e 1882, não pode ser constituído pelo art. 1.948 do Código Civil, porque, admitida a personalidade social, será esta, e somente esta, a devedora, respondendo com todo o seu patrimônio. Cf. agora Greco, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, I, 757; Ferri, *Foro Italiano*, 1934, I, 757; De Gregorio, *Società*, pp. 35-36; Auletta, *op. l. cit.*; Ghidini, *op. cit.*, p. 143 e p. 176; Cass. Reino, de 23 de novembro de 1913, *Foro Italiano* 1932, I, 722; 23 de abril de 1933, *Foro Italiano*, 1842; 20 de janeiro de 1934, I, 483. No mesmo sentido, a jurisprudência anglo-norte-americana; cf. Cook, adiante citado, p. 35 e p. 429. Mais severo que Vivante, Mossa (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, 320) considera, sempre e pessoalmente, responsável pelas dívidas da sociedade não só o único acionista, mas também o acionista que seja "soberano" da empresa, seguindo orientação análoga à sustentada, na doutrina alemã, por Hausmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen*, Mannheim, 1926. Realmente, cumpre distinguir: a) o problema especial da sociedade com um único acionista; a subsistência nesta hipótese da separação do patrimônio da sociedade e daquele do sócio; a eventual responsabilidade subsidiária do sócio pelas dívidas da sociedade, apesar da subsistência de distinção entre os dois sujeitos. A teoria denominada da "unidade" na Alemanha, bem como Messineo (*op. cit.*, p. 34) na Itália, sustentam a insubsistência de distinção jurídica; a teoria, talvez dominante, sustenta, ao contrário, a subsistência da separação dos patrimônios, o que se coaduna melhor com os dados da legislação comparada; acrescentam, porém, alguns autores, dever, o acionista, ser responsável das dívidas da sociedade (o que corresponde à solução legislativa inglesa), ou constituir, a concentração das ações, causa de liquidação (o que corresponde à solução da lei brasileira). Negando a subsistência da separação dos patrimônios acaba-se, no conflito entre credores da sociedade e credores do sócio, por sacrificar os credores da sociedade ou os particulares do acionista; admitindo a subsistência da separação dos patrimônios, mas a responsabilidade ilimitada do acionista, sacrificam-se os credores particulares deste, a menos que, eles, não sejam privilegiados quanto aos bens particulares do acionista. b) as conseqüências do fato de ser uma sociedade controlada por outra sociedade ou por uma

pessoa física; também nesta hipótese uma autorizada doutrina sustenta a responsabilidade do acionista "soberano" pelas dívidas sociais. Não me parece acertada esta doutrina; a própria imprecisão do conceito de soberania, constitui-lhe, a meu ver, a crítica. A soberania, ou como outros dizem, o controle da empresa pode provir da posse de 90%, 60% ou 51% das ações, pode resultar até da posse de 10% das ações numa sociedade cujas ações são espalhadas entre o público e cujos acionistas se desinteressam da empresa; pode decorrer até da importância da dívida da sociedade para com determinado credor. Na jurisprudência norte-americana (cf. Cook, *op. cit.*, p. 231) ressaltou claramente a variedade de situações das quais pode decorrer o controle da empresa. Aliás, a doutrina criticada, desde que interpretada rigorosamente (por exemplo, com referência ao acionista ou ao grupo de acionistas que possuem 51% das ações) acabaria, na prática, de um lado, por negar o próprio princípio da responsabilidade limitada, pois que este ficaria aplicável apenas no caso de faltar, na sociedade, um grupo de maioria; de outro lado, por descuidar dos casos mais perigosos, ou seja, daqueles em que uma minoria acaba, à vista do descaso da maioria, por controlar a sociedade. O princípio da responsabilidade limitada respeita às relações para com os terceiros; está, por isso, condicionado, em princípio, à observância das normas que dizem respeito aos terceiros (cf. também nota 359). Relacionando-o, ao contrário, com a situação "de fato" do acionista na sociedade (ou seja, com o número das ações possuídas), arriscar-se-ia por acabar, sucessivamente, em transformar uma superioridade de fato em uma superioridade de direito, o que contrariaria justamente aqueles interesses que a tese criticada visa a tutelar. A tese de Mossa, no entanto, demonstra o que há de excessivamente formalista no fato de levar apenas em conta o elemento formal do número dos acionistas. Na prática será, realmente, sempre difficilimo demonstrar a concentração das ações em uma única mão. Assentar, por isso, a disciplina jurídica apenas no elemento formal do número dos acionistas pode conduzir a um resultado de nenhum alcance prático, descuidando, ao contrário, de encarar realisticamente os problemas que decorrem do "controle" de uma sociedade por parte de uma pessoa física ou de outra sociedade. O que cumpre examinar é qual, em cada caso concreto, o ato realizado e qual a disciplina a respeito. Tal, com efeito, foi o processo seguido pela jurisprudência. Assim, exemplificativamente, é pacífico que, quando o diretor ou o acionista (ou mesmo o credor) se servir fraudulentamente da sociedade para conseguir fins pessoais, será preciso prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo interessado. Abundante é o número de casos a esse respeito, no direito norte-americano (cf. Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, p. 35 e p. 429) na chamada teoria da *dummy corporation*. (O princípio diretivo é assim resumido: "The courts will ignore the corporate existence where it is fraudulently used to do what the stock holder cannot legally do; an individual or corporation

nista que é, economicamente, o "dono" da sociedade poderá abrir a porta a constantes indagações sobre a situação econômica de cada sociedade, acabando então, afinal, por depender, a subsistência ou insubsistência da responsabilidade limitada, da apreciação do juiz acerca da importância das participações dos vários acionistas. Na realidade os problemas levantados pela concentração das ações não podem ser convenientemente resolvidos levando apenas em conta o número dos acionistas. Dando excessiva importância ao número dos acionistas chega-se, com facilidade, a não combater, eficazmente, as práticas fraudulentas que se pretendem ferir, ou a introduzir, no sistema das sociedades anônimas, uma perigosa incerteza.

331. Esse fundamento, consoante o sistema dos Códigos de 1865 e 1882, não pode ser constituído pelo art. 1.948 do Código Civil, porque, admitida a personalidade social, será esta, e somente esta, a devedora, respondendo com todo o seu patrimônio. Cf. agora Greco, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, I, 757; Ferri, *Foro Italiano*, 1934, I, 757; De Gregorio, *Società*, pp. 35-36; Auletta, *op. l. cit.*; Ghidini, *op. cit.*, p. 143 e p. 176; *Cass. Reino*, de 23 de novembro de 1913, *Foro Italiano* 1932, I, 722; 23 de abril de 1933, *Foro Italiano*, 1842; 20 de janeiro de 1934, I, 483. No mesmo sentido, a jurisprudência anglo-norte-americana; cf. Cook, adiante citado, p. 35 e p. 429. Mais severo que Vivante, Mossa (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, 320) considera, sempre e pessoalmente, responsável pelas dívidas da sociedade não só o único acionista, mas também o acionista que seja "soberano" da empresa, seguindo orientação análoga à sustentada, na doutrina alemã, por Haussmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen*, Mannheim, 1926. Realmente, cumpre distinguir: a) o problema especial da sociedade com um único acionista; a subsistência nesta hipótese da separação do patrimônio da sociedade e daquele do sócio; a eventual responsabilidade subsidiária do sócio pelas dívidas da sociedade, apesar da subsistência de distinção entre os dois sujeitos. A teoria denominada da "unidade" na Alemanha, bem como Messineo (*op. cit.*, p. 34) na Itália, sustentam a insubsistência de distinção jurídica; a teoria, talvez dominante, sustenta, ao contrário, a subsistência da separação dos patrimônios, o que se coaduna melhor com os dados da legislação comparada; acrescentam, porém, alguns autores, dever, o acionista, ser responsável das dívidas da sociedade (o que corresponde à solução legislativa inglesa), ou constituir, a concentração das ações, causa de liquidação (o que corresponde à solução da lei brasileira). Negando a subsistência da separação dos patrimônios acaba-se, no conflito entre credores da sociedade e credores do sócio, por sacrificar os credores da sociedade ou os particulares do acionista; admitindo a subsistência da separação dos patrimônios, mas a responsabilidade ilimitada do acionista, sacrificam-se os credores particulares deste, a menos que, eles, não sejam privilegiados quanto aos bens particulares do acionista. b) as consequências do fato de ser uma sociedade controlada por outra sociedade ou por uma

pessoa física; também nesta hipótese uma autorizada doutrina sustenta a responsabilidade do acionista "soberano" pelas dívidas sociais. Não me parece acertada esta doutrina; a própria imprecisão do conceito de soberania, constitui-lhe, a meu ver, a crítica. A soberania, ou como outros dizem, o controle da empresa pode provir da posse de 90%, 60% ou 51% das ações, pode resultar até da posse de 10% das ações numa sociedade cujas ações são espalhadas entre o público e cujos acionistas se desinteressam da empresa; pode decorrer até da importância da dívida da sociedade para com determinado credor. Na jurisprudência norte-americana (cf. Cook, *op. cit.*, p. 231) ressaltou claramente a variedade de situações das quais pode decorrer o controle da empresa. Aliás, a doutrina criticada, desde que interpretada rigorosamente (por exemplo, com referência ao acionista ou ao grupo de acionistas que possuam 51% das ações) acabaria, na prática, de um lado, por negar o próprio princípio da responsabilidade limitada, pois que este ficaria aplicável apenas no caso de faltar, na sociedade, um grupo de maioria; de outro lado, por descuidar dos casos mais perigosos, ou seja, daqueles em que uma minoria acaba, à vista do descaso da maioria, por controlar a sociedade. O princípio da responsabilidade limitada respeita às relações para com os terceiros; está, por isso, condicionado, em princípio, à observância das normas que dizem respeito aos terceiros (cf. também nota 359). Relacionando-o, ao contrário, com a situação "de fato" do acionista na sociedade (ou seja, com o número das ações possuídas), arriscar-se-ia por acabar, sucessivamente, em transformar uma superioridade de fato em uma superioridade de direito, o que contrariaria justamente aqueles interesses que a tese criticada visa a tutelar. A tese de Mossa, no entanto, demonstra o que há de excessivamente formalista no fato de levar apenas em conta o elemento formal do número dos acionistas. Na prática será, realmente, sempre difficilimo demonstrar a concentração das ações em uma única mão. Assentar, por isso, a disciplina jurídica apenas no elemento formal do número dos acionistas pode conduzir a um resultado de nenhum alcance prático, descuidando, ao contrário, de encarar realisticamente os problemas que decorrem do "controle" de uma sociedade por parte de uma pessoa física ou de outra sociedade. O que cumpre examinar é qual, em cada caso concreto, o ato realizado e qual a disciplina a respeito. Tal, com efeito, foi o processo seguido pela jurisprudência. Assim, exemplificativamente, é pacífico que, quando o diretor ou o acionista (ou mesmo o credor) se servir fraudulentamente da sociedade para conseguir fins pessoais, será preciso prescindir da existência da sociedade e considerar o ato como se fosse praticado diretamente pelo interessado. Abundante é o número de casos a esse respeito, no direito norte-americano (cf. Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, p. 35 e p. 429) na chamada teoria da *dummy corporation*. (O princípio diretivo é assim resumido: "The courts will ignore the corporate existence where it is fraudulently used to do what the stock holder cannot legally do; an individual or corporation

owning all the stock, of another corporation is not ordinarily liable for the debts of the latter.") A constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas. A jurisprudência francesa fala justamente em "abus de la notion de personnalité sociale" e justamente visa a combater este abuso, quer no domínio do direito internacional privado, quer no do direito interno; por seu turno, na jurisprudência americana (Cook, *op. cit.*, p. 430) afirma-se: "We have of late refused to be always and utterly trammelled by the logic derived from corporate existence where it only serves to distort or hide the truth". Analogamente, quando a culpa dos diretores for, afinal, imputável a um acionista ou até a um credor, que quis, assim, agir no próprio interesse, por interposta pessoa, o acionista ou o credor devem ser responsáveis, como se fossem diretores; quando os fundadores agiram por conta alheia devem, aqueles por conta dos quais agiram os fundadores, serem responsáveis como fundadores. A estes critérios deve-se recorrer ao apreciar o fenómeno das sociedades "coligadas", ou seja, o fenómeno resultante do fato de ser uma sociedade, por seu turno, sócia de outra sociedade, eventualmente numa medida bastante para controlá-la (fala-se, neste último caso, de sociedade controladora e controlada) ou até, substancialmente, a sua única acionista, tendo sido, eventualmente, este resultado, visado desde a constituição. Tal acontece quando uma sociedade, denominada às vezes sociedade-mãe, constitui com parte do próprio patrimônio, outra sociedade, denominada, então, sociedade-filha; ou quando uma sociedade inverte parte do próprio patrimônio em ações ou quotas de outras sociedades, eventualmente numa medida bastante para controlá-las; ou quando uma sociedade (denominada então *holding*), descuidando de explorar diretamente qualquer atividade comercial, inverte o próprio patrimônio em ações ou quotas de outras sociedades, sujeitas, assim, indiretamente, a uma única direção. A participação de uma sociedade em outra não é *por si só* fraudulenta (cf. Messineo, *op. cit.*, p. 13); pode, com freqüência, visar a fins lícitos o que, geralmente, se coaduna com a publicidade da participação. Nem, nessa hipótese, se pode falar de simulação, pois ambas as sociedades coexistem e podem coexistir efetivamente; cada qual pode ficar com uma personalidade jurídica autônoma e distinta, devendo então (cf. adiante nota 120) ser respeitada a distinção. É, porém, com freqüência, fraudulenta a utilização dessa situação. O problema das sociedades coligadas assenta justamente no fato de que, apesar da autonomia jurídica de cada sociedade (este aspecto foi peculiarmente discutido na doutrina alemã; cf. — a favor da autonomia jurídica. — Hausmann, *cit.*, p. 92; Wieland, *Handelsrecht*, vol. II, p. 381; contra Friedlander, *Das Konzernrecht*, 1927, p. 146) as coligações entre elas devem, em determinados casos, levar a descuidar esta autonomia jurídica. Não é possível negar em princípio, e constantemente, a autonomia jurídica (ou negá-la, à vista do número dos acionistas ou do fato de ter sido, a sucessiva concentração das ações, preor-

denada desde a constituição), como não é possível deixar-se levar a admitir qualquer conseqüência desta autonomia, descuidando o alcance do coligamento; não é possível afirmar ser, sempre e necessariamente, o processo fraudulento, como não é possível admitir a licitude de todas as conseqüências desta situação. O que deve ser examinado é o ato concretamente realizado, para evitar uma utilização fraudulenta da sociedade em dano de acionistas ou terceiros ou para formações monopolísticas. Há, por exemplo, fraudulência quando o diretor de uma sociedade A obtém um empréstimo da sociedade B, controlada pela primeira, para contornar, assim, proibição de obter empréstimos da sociedade administrada (cf. no direito italiano art. 6, Lei 4 de junho de 1931, n<sup>o</sup> 660; Finzi E., *Rivista di Diritto Commerciale* 1932, I, 462; Messineo, *Foro della Lombardia*, 1932, 355) ou quando o diretor da sociedade A empresta o dinheiro desta a uma sociedade B que ele próprio controla; quando o diretor de uma sociedade A se serve de uma sociedade B por esta controlada e que é, por seu turno, acionista da sociedade A, para votar nas deliberações da sociedade A das quais, como diretor da mesma, não poderia participar (cf. Messineo *Le Società Collegate*, p. 38); quando sendo uma sociedade A acionista de uma sociedade B (cf. De Gregorio in *Studi in Onore di Vivante*, vol. II, p. 397), esta, por seu turno, compra ou subscreve ações da primeira sociedade (hipótese esta particularmente grave, pois que acarreta, realmente, uma fraudulenta e ilusória multiplicação dos capitais sociais, iludindo a proibição, para a sociedade anônima, de negociar com as próprias ações); quando um individuo ou uma sociedade se servem de uma sociedade por eles controlada a fim de fazer aquilo que, ao contrário, se obrigaram a não fazer para com terceiro ou a fim de iludir direitos deste. Há violação das normas que respeitam ao objeto social quando, invertendo a maior parte do seu patrimônio em ações de outra sociedade com objeto diverso, acaba, uma sociedade, por destinar, realmente, o seu patrimônio a um objeto diverso do estatutariante determinado; e assim por diante. A diretriz acima desenvolvida me parece própria também da jurisprudência norte-americana, em que foi examinada a casuística mais rica a respeito. Negou-se, por exemplo, em princípio, que a sociedade-mãe de um conjunto de sociedades ferroviárias, fosse responsável pelas dívidas de uma sociedade-filha; afirmou-se, porém, serem de aplicar-se as normas contra os monopólios, quando uma sociedade vise a adquirir o controle de mais sociedades concorrentes, a fim de estabelecer um monopólio. Cf. Cook, *op. cit.*, pp. 107, 110. No direito tributário dever-se-á, às vezes, negar a distinção entre o patrimônio das sociedades coligadas, encarando como uma importância única a parcela do patrimônio de uma sociedade invertida em outra sociedade e a parcela correspondente do patrimônio desta. Assim, de um lado, se admite, com freqüência, não poder, uma sociedade, levar em conta a parcela do próprio patrimônio invertida em outra sociedade para a avaliação do próprio capital aos fins de um imposto sobre

### 18. Negócio indireto e simulação na constituição de sociedades anônimas por ações

Tendo admitido a hipótese de concentração de ações, não é de estranhar tenha a jurisprudência ventilado até a possibilidade

lucros extraordinários; de outro lado, se admite, com freqüência, ser isento da tributação, o rendimento decorrente a favor de uma sociedade pelo fato de ser sócia de outra, caso este rendimento tenha já sido tributado nesta segunda sociedade (cf. também Hausmann, *op. l. cit.*). Tal consequência se coaduna com os princípios próprios do imposto de renda (e corresponde, com efeito, ao princípio de representar, o rendimento da sociedade e a parcela respectivamente pertencente ao sócio, um único rendimento) e se aplica às coligações entre sociedades independentemente da medida da participação de uma sociedade em outra: não contrasta, por isso, com o princípio de serem, em princípio, juridicamente distintos, os patrimônios das várias sociedades, embora coligadas.

Nota de atualização: No Brasil não se conhece a sociedade unipessoal, à exceção da sociedade subsidiária integral, prevista no art. 251 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Entretanto, a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de subsistir a sociedade constituída por dois sócios, mesmo sobrevivendo a retirada ou morte de um deles, por espaço de tempo que permita sua regularização pelo sócio que permanece. No recurso especial nº 8.474 — RJ, relatado pelo Ministro Dias Trindade, em 2.4.91, encontramos a seguinte ementa: "*A sociedade por quotas de responsabilidade limitada se dissolve quando, pela retirada de sócios, resta apenas um deles, mas sem extinção da empresa, que continua a operar, durante a liquidação de haveres dos sócios retirantes e podendo ser recomposta pela admissão de novos sócios ou passar a operar como firma individual.*" A tendência da jurisprudência é a preservação da empresa nesses casos, mitigando os efeitos da dissolução total, previsto em expresso texto legal (art. 335, 4º, do Código Comercial). Tal tendência foi abraçada pelo espírito do Projeto do Código Civil brasileiro que fixou o prazo de seis meses para a recomposição do requisito da pluralidade de credores: *Art. 1.036. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I — O vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado.*

*II — O consenso unânime dos sócios.*

*III — A deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado.*

*IV — A falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de seis meses.*

*V — A extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.*

de se constituir uma sociedade entre várias pessoas, embora os que participam da constituição visem à sucessiva concentração de ações, concluindo (a jurisprudência) não haver, nesta hipótese, um vício de constituição, mas devendo a sociedade ser submetida à disciplina geral da concentração das ações<sup>332</sup>.

Afinal, esta conclusão assenta sobre a convicção da analogia entre a concentração de ações "preordenada" desde a constituição e a concentração "não preordenada"; prende-se esta analogia à identidade do resultado nas duas hipóteses e assenta numa orientação que visa a levar em conta este resultado, independentemente da sua causa. Isso não significa, de nenhum modo, negar os problemas peculiares decorrentes da concentração das ações e é, com efeito, conciliável com a tese que vê na concentração das ações uma causa de dissolução da sociedade ou de responsabilidade pessoal do acionista; significa, porém, negar, possa, o problema da concentração das ações, estar sujeito a uma disciplina fundamentalmente diversa conforme seja, a concentração, preordenada ou casual.

Ao contrário, os adversários desta orientação acham haja uma diferença fundamental entre a concentração preordenada e a concentração não preordenada das ações.

Os primeiros, portanto, entendem deva ser aplicada à concentração das ações, embora preordenada, a disciplina geral da concentração das ações; julgam, ao contrário, os segundos, dever ser aplicada uma disciplina especial.

Acham os primeiros que o problema diz respeito à concentração de ações, ou seja, à possibilidade ou à peculiar disciplina de uma sociedade em que falte (ou falte substancialmente) o requisito

332. Cf., agora, os acórdãos de 16 de abril de 1931 (*Foro Italiano*, 1931, I, 927); 25 de novembro de 1931 (*Foro Italiano*, 1932, I, 663); 7 de março de 1932 (nº 812, *Massimario*, *Foro Italiano*, 1932, 167); 8 de abril de 1936 (*Foro Italiano*, 1936, I, 778); 4 de agosto de 1936 (*Foro Italiano*, 1936, I, 1.388) da Corte de Cassação e a jurisprudência citada na nota inicial deste estudo. Na doutrina cf. Sraffa e Bonfante, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, I, 649, que, primeiro, sustentaram esta orientação.

da pluralidade de sócios; acham os segundos, ao contrário, que o problema diz respeito a um vício peculiar na própria constituição, ou formação, da sociedade. Rigorosamente, esta última orientação deveria, portanto, concluir que a sociedade é viciada até mesmo quando constituída no interesse de apenas um acionista e acabe, sucessivamente, por assentar em uma efetiva pluralidade de sócios<sup>333</sup>. Entretanto, esta rigorosa conseqüência não parece ter sido sustentada, o que pode, de per si, corroborar a orientação que, ao contrário, exclui nesta hipótese um vício na "formação" da sociedade<sup>334</sup>, e afirma, constituir a hipótese em apreço, apenas um aspecto particular do problema geral que respeita ao requisito da pluralidade dos sócios, não podendo, por isso, a disciplina da concentração preordenada das ações ser fundamentalmente diversa daquela peculiar à concentração não preordenada.

O primeiro aspecto que deve ser levado em conta é aquele da simulação: aqueles, com efeito, que encaram na hipótese em apreço um vício de constituição, falam, antes de mais nada, em simulação<sup>335</sup>.

Realmente, na hipótese em apreço as partes querem, efetiva e seriamente, constituir uma pessoa jurídica para a realização de determinados atos de comércio; a real existência dessa pessoa jurídica; a real formação e existência do patrimônio desta, distinto daquele do sócio e sujeito às regras que respeitam às sociedades; é, justamente, a constituição do patrimônio autônomo, sujeito às regras que respeitam às sociedades, o fim visado pelas partes. No entanto, não visam, as partes, aquele vínculo social que, conforme as regras da sociedade, constitui a premissa para a constituição do patrimônio separado.

333. O reconhece também Messineo, *op. cit.*, p. 33, embora não adotando, *utilitatis causa*, tal conclusão.

334. Note-se que, caso a sociedade fosse constituída formalmente por apenas uma parte, haveria realmente um vício na própria constituição da sociedade e seria duvidoso, no direito italiano do Código de 1882, poder, ele, ser saneado pela sucessiva existência de uma pluralidade de sócios.

335. Vimos no nº 15 ser, em tese, possível a simulação na constituição de uma sociedade anônima.

Parece, já por isso, inexato encarar, nesse caso, uma hipótese de simulação absoluta<sup>336</sup>, qual se dá quando as partes, embora concluindo aparentemente um negócio jurídico, não visam, na realidade, a nenhuma modificação patrimonial.

E, com efeito, a maioria, dentre os que vêem uma simulação na hipótese em apreço, acha haver uma simulação relativa, sendo simulada a participação das várias partes na constituição<sup>337</sup>.

A dificuldade do problema decorre do fato que, de um lado, a constituição de um patrimônio separado é o fim realmente objetivado pelas partes: para alcançar este fim elas constituem e devem constituir uma sociedade: a constituição desta não somente não contrasta com o fim último visado, mas constitui o caminho necessário para a consecução dele; sob esse aspecto, a hipótese se diferencia da de simulação, em que, ao contrário, a realização do que é aparentemente declarado contrastaria com a realização do que é efetivamente visado.

336. Tal é a tese de Messineo em *Le Società Collegate*, cit. Essa tese, no entanto, ficou isolada, pois aqueles que falam de "simulação" falam, em geral, em simulação relativa. Cf. De Gregorio, *ob. abaixo cit.*, e Auletta, *op. l. cit.*, e, quanto à crítica de Messineo, também Wieland na *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht* 1932, 412. O ponto de partida da tese de Messineo parece a afirmação de não visarem, as partes, à constituição efetiva de um patrimônio separado. Não há dúvida que em muitas hipóteses de sociedades colgadas (ponto de partida do estudo de Messineo) há, de fato, uma confusão na gestão dos patrimônios das sociedades colgadas, que acarreta a impossibilidade de considerar os vários patrimônios como separados. Mas não me parece exato negar seja, a separação dos patrimônios, o fim visado. Na realidade, é justamente a separação dos patrimônios o fim visado: visa, no entanto, com freqüência, a sociedade-mãe, aproveitar, simultaneamente, as vantagens da separação dos patrimônios e as decorrentes do controle que ela possui sobre as sociedades-filhas. É a este respeito que se faz necessário uma reação do direito, frisando o princípio de estar, a separação dos patrimônios, subordinada não apenas ao requisito de ser visada na constituição, mas de ser respeitada na gestão, da sociedade. A teoria de Messineo, como nota o próprio Autor, p. 34, aproxima-se nos seus resultados (mas não nos argumentos aduzidos) à teoria sustentada na Alemanha por Friedländer e Isay, que negam a distinção jurídica entre a sociedade e o seu único sócio.

337. Tal é a tese de Butera e Dominedó, *op. l. cit.*

De outro lado, porém, os figurantes no ato, embora querendo (e querendo efetivamente) constituir um patrimônio separado, visam a constituí-lo apenas no interesse de uma pessoa; de um lado, por isso, visam à constituição de um patrimônio separado (conseqüência da constituição da sociedade), e, de um patrimônio separado sujeito às regras (por exemplo, quanto à publicidade, aos balanços etc.) da sociedade; de outro lado, porém, não querem o vínculo social. Este último aspecto aproxima a hipótese àquela da simulação – e até a da simulação absoluta<sup>338</sup> – quanto aos figurantes, pois que eles não visam a nenhuma modificação patrimonial quanto a si próprios.

Para esta contradição pode-se, juridicamente, encontrar solução por meio de duas construções diversas: ou admitindo ser impossível a constituição de um patrimônio separado, à vista do fato de não ser querido aquele vínculo social que, no nosso sistema, constitui a premissa para a constituição de um patrimônio separado sujeito às regras da sociedade; ou entendendo que as partes possam realizar o intuito delas, por um lado, com a manifestação de querer (e querer efetivamente) constituir a sociedade, por outro lado, comprometendo-se, uns, a vender, outros a comprar, as ações<sup>339</sup>, nos limites em que é viável uma sociedade cujas ações sejam concentradas em uma mão.

Conforme a primeira construção, o ato seria, afinal, um ato com causa simulada; conforme a segunda, um negócio indireto<sup>340</sup>.

338. Sob este aspecto seria exata a observação de Messineo, acima lembrada.

339. Greco, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, I, 785, adotando a orientação deste estudo, considera, por isso, os figurantes quais proprietários fiduciários das ações subscritas. Quanto à diferença entre a hipótese em apreço e a do negócio fiduciário, cf., no entanto, o comentário de minha autoria, em *Foro Italiano*, 1936, I, 1.388.

340. Cicu, *op. cit.*, acha possíveis ambas as construções indicadas no texto, entendendo dever-se verificar em cada caso concreto, qual a que corresponde à realidade. Este critério é, sem dúvida, procedente; é mister, no entanto, marcar uma orientação acerca de qual seja a construção, presumivelmente, acertada. A experiência jurisprudencial, com efeito, demonstra que a situação se apresenta, na prática, com um cunho constante, sendo por isso, na maioria dos casos, impossível assentar a preferência, quanto

A segunda construção justificar-se-ia quer com o princípio de dever-se interpretar a vontade das partes quanto à constituição do patrimônio separado *potius ut valeat quam ut pereat* (e, por isso, no sentido de quererem, elas, constituir aquela sociedade que representa o meio necessário para a constituição do patrimônio separado), quer com o fato de se poder, assim, como veremos, alcançar, em definitivo, uma tutela mais eficaz dos terceiros. A conciliação entre a vontade dos figurantes em querer efetivamente cooperar na constituição do patrimônio separado e em não ficar, porém, sócios da sociedade, realiza-se, juridicamente, com a manifestação, de um lado, de querer constituir a sociedade e com o compromisso, de outro lado, da transferência sucessiva das ações. Este compromisso é, porém, alheio à sociedade, e fica, quanto à constituição dela, no domínio dos motivos, pois as partes querem e querem, todas, efetivamente, a real constituição da sociedade e a aplicação da relativa disciplina.

O problema, portanto, não diz respeito à simulação, mas, eventualmente, à fraudulência: não há um negócio simulado, mas um negócio indireto; válido, se lícito<sup>341</sup>, nulo se fraudulento.

## 19. Fraude à lei

Cumpra, portanto, examinar a hipótese em apreço do ponto de vista da teoria dos atos fraudulentos, quer no que respeita à fraude aos credores, quer no que respeita a fraude à lei.

a uma ou outra solução, nas peculiaridades do caso concreto. Cf. Auletta, *op. l. cit.*

341. Cf. Bonfante e Sraffa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, I, 649, e agora, Greco, *op. l. cit.*; Auletta, *op. l. cit.*; Ferri, *op. l. cit.*; Ravá, *op. l. cit.*; Carnelutti, *op. l. cit.* Não é diversa a conclusão de Ghidini, *op. cit.*, p. 152. Observa, ademais, este autor, ser a simulação na posição do figurante, quase que uma reserva mental, com referência à sociedade, sendo esta alheia à pretensa simulação intercorrida entre um sócio e os demais (pp. 143 ss.). O argumento de Ghidini se encontra, também, na jurisprudência italiana citada na primeira nota deste estudo o não me parece alheio à jurisprudência inglesa citada na nota 354.

Sustentou-se, com efeito, haver, nesta hipótese, uma fraude aos credores.

Essa tese não parece, porém, procedente.

Com relação aos credores do sócio, com efeito, a fraude só pode ser constituída pela subtração à sua garantia dos bens conferidos, pelo sócio, na sociedade e pela substituição destes por ações<sup>342</sup>; é, portanto, indiferente que a sociedade se componha de um ou mais sócios; por isso há, sim, na nossa hipótese, possibilidade de fraude aos credores particulares do sócio; esta possibilidade existe, porém, também em qualquer constituição de sociedade<sup>343</sup>.

Qualquer que seja o número dos sócios, quando verificada a fraude, dever-se-ão, portanto, aplicar as normas que visam aos atos em fraude aos credores.

Há quem veja na sociedade com um único acionista uma fraude ao princípio legislativo de dever, cada um, responder pelas próprias dívidas com todos os seus bens, conforme os arts. 1.948 e 1.949 do Código Civil<sup>344</sup>.

Assim argumentando, esquece-se, porém, não haver, nessa hipótese, uma limitação de responsabilidade, mas a criação de uma nova pessoa jurídica: esta responde ilimitadamente pelos próprios débitos, consoante o art. 1.948 do Código Civil<sup>345</sup>.

Já não é, pois, o caso de que um sujeito responda limitadamente; é, antes, o caso de que se criou um novo sujeito jurídico, a que, naturalmente, se ligam determinadas relações pelas quais

342. A jurisprudência, realmente, julgou poderem as entradas sociais ser anuladas na hipótese do art. 1.235 do Código Civil italiano de 1865. Assim, *Cass. do Reino*, 27 de março de 1929, *Settima Cassazione*, 1929, c. 578; nº 947; App. de Milão, 3 de novembro de 1926, *Monitore Trib.*, 1927, 507. Cf. quanto à jurisprudência norte-americana, Cook, cit., p. 429.

343. Cf. no mesmo sentido Messineo *op. cit.*, p. 20.

344. Tal é a tese sustentada por Di Gennaro, *op. l. cit.*

345. No seu exame das convenções acerca da limitação de responsabilidade, Greco, *op. l. cit.*, demonstrou, aliás, não haver contradição entre o princípio do art. 1.948 e a validade de tais convenções.

este responde ilimitadamente, ao passo que o sócio não responde pelos débitos desse novo sujeito, mas somente (e então ilimitadamente) pelas entradas sobre as ações subscritas<sup>346</sup>.

O art. 1.948 estabelece que cada qual responde pelos próprios débitos com todos os seus bens; nega, portanto, a possibilidade jurídica de patrimônios separados pertencentes a um único sujeito; não versa, porém, a hipótese da constituição de um novo sujeito jurídico, que, por seu turno, responda ilimitadamente pelas próprias dívidas.

A disciplina desta hipótese e a tutela dos terceiros, a este respeito, não assenta no art. 1.948 do Código Civil, mas nas normas que, justamente para este fim, disciplinam a constituição e a gestão da pessoa jurídica. Em substância, os terceiros credores da sociedade, de um lado, perdem a possibilidade de satisfazer os próprios créditos sobre o patrimônio individual do sócio, de outro lado, porém, encontram-se quase que privilegiados no que diz respeito aos bens da sociedade, à vista de não poderem, os credores particulares do sócio, satisfazer os próprios créditos sobre os bens dessa<sup>347</sup>; a publicidade peculiar à sociedade anônima e as normas que, nas sociedades anônimas, visam a tutelar, no interesse dos terceiros, a integridade do capital social, constituem, por seu turno, a contrapartida, de um lado, da falta de uma responsabilidade pessoal, embora subsidiária, do sócio e, de outro, da preferência dos credores sociais quanto aos bens da sociedade<sup>348</sup>.

De um lado, portanto, dever-se-á aplicar a disciplina geral da sociedade, de outro lado, a peculiar à concentração das ações.

346. Cf. Bonfante e Sraffa, *op. l. cit.*

347. Por seu turno, os credores particulares, de um lado, perdem o direito de executar os bens da sociedade (podendo penhorar apenas a ação, ou seja, um valor correspondente à participação do sócio na sociedade, depois de satisfeitos os credores sociais), de outro lado, porém, evitam o concurso dos credores sociais sobre os bens particulares do sócio. Cf. Ghidini, *op. l. cit.*, pp. 71 ss.

348. Cf., sobre a relação da personalidade social com a situação respectiva dos credores sociais e dos particulares do sócio, as agudas considerações de Ghidini, *op. cit.*, pp. 7 ss., no sentido do texto.

Na falta<sup>349</sup>, de uma disciplina peculiar desta hipótese não poderá, a concentração das ações, constituir, de per si, causa de consequências jurídicas; deverá, no entanto, ser levada em conta quanto à aplicação das normas que respeitam a determinados resultados, enquanto estes sejam, indiretamente, alcançados por meio da constituição da sociedade e da concentração das ações.

## 20. Conclusões sobre esse argumento

Na realidade, a prática utilizou, para o exercício do comércio individual, o instrumento da pessoa jurídica com patrimônio separado, elaborado pela lei para a realização, em sociedade, de determinados atos de comércio; visa, afinal, a prática, a suprir a falta de uma disciplina especial a respeito<sup>350</sup>, a aproveitar, também quanto ao comércio individual, os princípios que disciplinam a constituição e subsistência de um patrimônio separado quanto ao comércio social.

Nesta orientação da prática demonstra-se, sem dúvida, uma acentuação das características da sociedade diversa daquela, historicamente, originária. Em vez do vínculo "social" tende, realmente, a campear o "patrimônio separado"<sup>351</sup>.

Tal é a consequência do fato de se constituir, com a sociedade anônima, um patrimônio rigorosamente separado; uma pes-

349. Qual se dá no direito italiano do Código de 1882, diversamente do que acontece em demais direitos.

350. Ressalta assim o caráter "indireto" do negócio. — O fenômeno, com efeito, encontra a sua origem no contraste entre as exigências da prática quanto à extensão da responsabilidade limitada às empresas individuais (cf., na doutrina brasileira, Trajano de Miranda Valverde, *Revista Forense*, vol. XCVI, p. 577) e a falta de uma disciplina a respeito. Vimos ser esta a situação típica do negócio indireto, que justamente nasce do contraste entre as exigências práticas e a disciplina legal; da falta, no sistema, de um instrumento jurídico para a satisfação das exigências da prática, constituindo, portanto, como uma ponte de passagem, que acaba, por ser abandonada desde que o sistema ofereça um meio direto para a satisfação das exigências da prática.

351. Cf. com efeito o cit. art. 625 do Código suíço (Lei de 18 de dezembro de 1936).

soa jurídica cuja identidade independe das pessoas dos sócios: cuja constituição está, por isso mesmo, sujeita a uma disciplina peculiar quanto à verificação da legalidade dela e a uma publicidade peculiar; cuja disciplina, quanto à tutela dos terceiros, assenta justamente no capital social (falando-se, até, de "sociedade de capital"), sendo até possível, à vista das ações ao portador, sejam desconhecidas as pessoas dos sócios. Não é, portanto inatural, terem-se, na prática, frisado sempre mais aquelas características que se prendem à idéia do patrimônio separado, ficando mais na sombra a idéia do "vínculo social"<sup>352</sup>.

Não me parece ser o fim visado, pela prática, de per si, ilícito<sup>353</sup>; pode, porém, ser ilícita a utilização desta situação<sup>354</sup>. De

352. Com efeito, o problema examinado apresenta-se apenas em relação às sociedades chamadas de capitais. Cf. também Bonelli, *op. l. cit.*

353. Cf., quanto à jurisprudência norte-americana, Cook, *op. cit.*, p. 432: "The courts will refuse to ignore the corporate existence even though all the stock is owned by one person or by another corporation. A corporate creditor cannot claim the corporation is fraudulent and its identity to be ignored even though it was formed for the purpose of avoiding personal liability on the part of its promoters and stockholders." Quanto à inglesa, Cook, *op. cit.*, p. 35 e p. 90, lembra: "It was held by the lower courts in England that where a merchant incorporates a company to take over his business, he being, practically, the only stockholder, he is liable personally for all the corporate debts, on the theory that the corporation was a fraud or a mere dummy. The House of Lords, however, very properly reversed this decision." Na doutrina italiana, cf. agora o equilibrado exame de De Gregorio, *Società* (Turim, 1938), pp. 3 ss., que levando em conta todos os argumentos assim conclui: "Se invece si ammette che per la stessa natura dell'atto: di costituzione, per sé stesso diverso dal tipo del contratto, e soprattutto per l'evoluzione che le qualità e gli effetti dell'atto hanno subito, i rapporti sostanziali fra soci hanno perduto quel carattere essenziale che avevano prima, allora può giustificarsi la costituzione di una società con un solo effettivo socio; si potrebbe in tal caso dire che non è mancata una pluralità di persone che ha dichiarato di costituire la società, non per frodare la legge, ma per raggiungere quella creazione di una azienda autonoma per la quale il nostro ordinamento giuridico non fornisce ancora altri mezzi e altre forme che quelle della società commerciale; trasformatasi in un più vasto istituto in cui l'esistenza di un effettivo vincolo tra i più soci (l'antico vincolo sociale) sarebbe divenuto un elemento normale e non più essenziale. È forse superfluo far notare che la nostra premessa e i vari forse

um lado, é a disciplina das sociedades por ações, com todos os seus controles e todas as suas normas de publicidade e responsabilidade, que deve ser adotada; é esta a contrapartida da responsabilidade limitada do sócio. De outro lado, dever-se-ão aplicar à sociedade assim constituída também aquelas normas que, embora não dizendo respeito a uma sociedade, querem impedir sejam alcançados determinados resultados, quando estes o sejam, dada a concentração das ações, utilizando a sociedade<sup>355</sup>. Destes prin-

fin qui adoperati stanno a dimostrare che noi riconosciamo la discutibilità di questa conclusione, la quale ha però il vantaggio di adattarsi alle esigenze affermatesi nella vita degli affari." Na jurisprudência italiana, cf. o acórdão de 4 de agosto de 1936 da Corte de Cassação (*Foro Italiano*, 1936, I, 1.388): "La società anonima, purchè sia attuata ed organizzata con le regole e le forme che la legge prescrive e come tale operante nel mondo esterno, conserva una personalità giuridica autonoma, anche se essa costituisce in realtà uno strumento di comodo creato al fine di limitare la responsabilità sancita dall'art. 1948 Código Civil, o ad altro scopo diverso dalla funzione e dallo scopo tipici della società anonima. Conseguentemente, se così la società, come colui che ne ha di fatto il governo assumendo personali impegni, vengono a trovarsi infine, ciascuno indipendentemente dall'altro, nella condizione di non potere face onore ad essi, occorre dichiarare due distinti fallimenti con conseguente separazione delle masse." Análogo princípio encontra-se nos acórdãos de 16 de abril de 1934 (*Foro Italiano*, 1931, I, 927); de 25 de novembro de 1931 (*Foro Italiano*, 1932, I, 633); de 7 de março de 1932 (nº 812, *Massimario*, *Foro Italiano*, 1932, 167); de 8 de abril de 1936 (*Foro Italiano*, 1936, I, 778) da Corte de Cassação e na jurisprudência citada na nota inicial deste estudo. Afinal, a experiência prática não evidenciou a existência de perigos quanto à evolução acima notada; a resistência a esta evolução tem caráter prevalentemente doutrinário. Acerca do problema que respeita à oportunidade da admissão de empresas individuais de responsabilidade limitada, na Argentina, cf. Rivarola, *Sociedades Comerciais*, Buenos Aires, 1943, p. 543; Waldemar Arecha, *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*, na *Revista de Derecho Comercial*, ano III, nº 6; no Brasil, Trajano de Miranda Valverde, *Revista Forense*, vol. XCVI, 577.

354. Quanto aos problemas que, nesta hipótese, se levantam no que respeita ao direito fiscal, cf. notas nºs 375 e 382.

355. Tal é, por exemplo, mesmo independentemente da hipótese da fraudulência, o caso, quanto a muitas normas de política econômica. Cf. Cook, *op. l. cit.*, quanto à jurisprudência americana no que se refere à aplicabilidade das normas que dizem respeito aos transportes públicos.

cípios decorre, justamente, a fraudulência de qualquer utilização que, aproveitando da existência da sociedade e da personalidade social, vise a iludir, quer no domínio do direito interno, quer naquele do direito internacional privado, o funcionamento normal das normas jurídicas<sup>356</sup>.

356. Cumpre comparar os resultados dos princípios deste estudo e os decorrentes dos princípios da simulação. Sustentamos neste estudo: a) dever-se sujeitar a concentração preordenada das ações à disciplina da concentração não preordenada, levando em conta o resultado alcançado independentemente das peculiaridades da constituição; b) ser, a concentração das ações, compatível, no direito italiano dos Códigos de 1865 e 1882, com a subsistência da separação dos patrimônios e com a responsabilidade limitada dos acionistas, enquanto, porém, a distinção seja efetivamente observada na gestão da sociedade; c) dever-se, entretanto, levar realisticamente em conta os fenômenos do "controle" de uma sociedade por parte de outra sociedade ou de uma pessoa física e as coligações entre sociedades para evitar uma fraudulenta elisão das normas legais. Quais, ao contrário, as conseqüências decorrentes do princípio de ser simulada a constituição da sociedade, que vise a uma sucessiva concentração das ações? Admitindo constituir a simulação (bem como em geral os vícios de constituição) apenas um caso de dissolução da sociedade registrada, não haverá diferença prática entre as conseqüências decorrentes da tese sustentada neste estudo e as decorrentes da tese da simulação, nos direitos que encaram na concentração das ações uma causa de liquidação da sociedade. Ao contrário, no direito italiano do Código de Comércio de 1822, o alcance prático da diferença entre a tese do texto e a da simulação assentaria, já em não admitir ou, ao contrário, em admitir a dissolução da sociedade à vista de não ser dissolução, no direito italiano (do Código de Comércio de 1822), uma conseqüência da concentração das ações. Aplicando, ademais, os princípios do direito comum quanto à simulação nos contratos, a diferença entre as conseqüências decorrentes da tese sustentada neste estudo e aquelas decorrentes dos princípios da simulação é muito profunda. Com efeito, caso a concentração preordenada das ações devesse ser disciplinada consoante os princípios da simulação, cumpriria negar a separação entre o patrimônio da sociedade e o do sócio (tal, com efeito, a conseqüência coerentemente sustentada por Messineo, *op. cit.*); os terceiros credores da sociedade entrariam, portanto, em concurso com os credores particulares do acionista e estes com aqueles; seriam, conforme os casos, os primeiros ou os segundos, os danificados e, portanto, embora visando à tutela dos terceiros, acabar-se-ia, com freqüência, por lesar ou os credores da sociedade ou os particulares do acionista. (Messineo, *op. l. cit.*, sacrifica os credores da sociedade; ao contrário, admitindo a responsabilidade do acio-

*De jure condendo* foi observado poder, a sociedade com um único sócio, movimentar o seu capital menos cautelosamente, por faltarem à administração o freio e o controle exercido pela minoria sobre os órgãos sociais. Nessa observação há, sem dúvida, algo de verdadeiro<sup>357</sup> e ela merece ser levada em conta, não esquecidas, no entanto, duas outras observações.

nista pelas dívidas da sociedade, sacrificam-se os credores particulares do sócio.) No contraste entre os vários credores (dos quais alguns queiram e outros não queiram invocar a simulação) não haveria um critério objetivo de juízo (análoga observação lê-se em Hemard, nº 222 ss., quanto à teoria francesa da "opção" em matéria de sociedades irregulares). Resolvendo o contraste a favor dos credores da sociedade (ou seja, dando apenas a estes, e não aos credores particulares do sócio, a possibilidade de invocar ou não invocar a simulação), dar-se-ia a estes a possibilidade de aproveitar a situação em prejuízo dos credores particulares. Os credores particulares, com efeito, entrariam em concurso com os credores sociais quanto aos bens particulares do sócio, e a vantagem dos credores sociais corresponderia exatamente ao dano dos credores particulares. Resolvendo o contraste em favor dos credores do sócio verificar-se-ia a consequência oposta. Cumpriria, portanto, de qualquer forma, conservar a preferência dos credores sociais, quanto aos bens da sociedade, e dos credores particulares, quanto aos bens particulares do sócio. Isto a fim de amparar os credores sociais, sem, no entanto, danificar os credores particulares. Com isto, porém, as consequências da tese da simulação voltariam a aproximar-se às sustentadas neste estudo, ou seja, se coadunariam com uma distinção de massas patrimoniais. De qualquer forma, o problema que se apresenta não é diverso daquele que se apresenta caso as ações se concentrem em uma única mão, independentemente do fato de ser, esta concentração, preordenada na constituição. Também nesta hipótese cumprirá examinar se desaparece a separação dos patrimônios (como sustenta a teoria da "unidade" na Alemanha), ou se há uma responsabilidade subsidiária do acionista (cf. no direito inglês sec. 28 do *Companies Act*), ou uma causa de liquidação (art. 137, d, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, no direito brasileiro). Volta, portanto, a evidenciar-se a impossibilidade de sujeitar a concentração preordenada das ações a uma disciplina diversa da peculiar à concentração das ações em geral.

357. Não só à possibilidade de movimentar menos cautamente o patrimônio, é preciso fazer referência, mas também à falta de uma efetiva fiscalização dos fiscais, à maior possibilidade de registros inverídicos (antes de mais nada num intuito de fraude fiscal) à vista da falta do controle da minoria, à falta daquela fiscalização que sempre decorre da presença de uma minoria e que preenche, indiretamente, uma função de tutela também quanto aos terceiros.

Com efeito, pode-se observar, de um lado, que as sociedades, qualquer que seja o número de sócios, estão sujeitas a todas as normas que visam a tutelar os terceiros; a garantir a subsistência do capital social com normas muito mais severas daquelas que visam à conservação do patrimônio individual no interesse dos credores; a proporcionar aos terceiros, mediante a publicidade social, a possibilidade de acompanhar o andamento da sociedade; a estabelecer a responsabilidade dos diretores e do conselho fiscal quanto à gestão da sociedade e assim por diante. Pouco importa, em princípio, aos terceiros, que o patrimônio com que podem contar tenha sido constituído por uma ou cem pessoas: o que lhes interessa é saber se podem contar, também, com a responsabilidade pessoal de determinados indivíduos ou apenas com o patrimônio de uma pessoa jurídica e se, neste último caso, podem invocar aquelas normas que visam, justamente, a tutelá-los.

O sócio, de um lado, dada a criação da sociedade, aproveita da possibilidade de exercitar o comércio com responsabilidade limitada; de outro lado, porém, está sujeito às normas que decorrem da constituição de um patrimônio separado e às em que assenta a tutela dos terceiros nesta hipótese, ficando, por isso, pessoalmente e ilimitadamente responsável, desde que não respeite a distinção entre o patrimônio social e o próprio patrimônio individual<sup>358</sup>.

358. Caso, portanto, o patrimônio do acionista (seja este uma pessoa física ou seja, por seu turno, uma sociedade) e o da sociedade fiquem, efetivamente, separados e distintos, esta distinção deverá ser respeitada: cf. *Cass. Reino*, 4 de agosto de 1936, nº 3.163, *Foro Italiano*, 1936, I, 1.388; *App. Milão*, 27 de dezembro de 1934, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, II, 141. Quando, porém, mesmo na ausência de fraude na gestão da sociedade, o patrimônio social se confunda com o do acionista (ou com o de um dos seus acionistas), o acionista é ilimitadamente responsável pelas dívidas sociais: é possível de falência. Cf. Decreto francês, de 8 de agosto de 1935, e, a respeito, Houpin & Bosvieux, *Traité des Sociétés, Supplément* (7ª ed.), p. 150; C. Paris, 15 de novembro de 1938, *Revue Generale de Droit Commercial*, 1939, 787, com um comentário de André Bertrand, que acha suficiente ter o acionista movimentado o patrimônio social como fosse seu próprio para que seja ilimitadamente responsável e possível de falência. Na jurisprudência belga, cf. acórdãos lembrados por

De outro lado, pode-se observar que esses perigos apontados quanto às sociedades com um único sócio subsistem toda vez que haja forte desproporção entre maioria e minoria, de tal maneira que esta última fique reduzida à impotência; subsistem, em maior medida, nos casos, freqüentes especialmente quando as ações sejam espalhadas no público, em que, através de ações de voto plural, de ações com voto (sendo as demais sem voto), de ações de valor nominal diverso, mas com voto, porém, idêntico; de ações "postergadas", de *reports* por ocasião da assembléia, sindicatos para o exercício do voto, *holdings*<sup>359</sup>, açambarcamento das

---

Piret, "Chronique de Jurisprudence Belge", na *Revue Generale de Droit Commercial*, 1939, 255. Quanto à jurisprudência norte-americana, cf. Cook, *op. cit.*, p. 431. Na jurisprudência o ponto de partida é, afinal, constituído por aquelas considerações de que decorre a responsabilidade dos sócios nas sociedades de fato ou pelo princípio de que o *dominus* responde pela gestão do seu representante. (A tese de Hausmann e Mossa, anteriormente criticada na nota 331, constitui, afinal, como que uma extensão deste último princípio, afirmando, por isso, a constante responsabilidade subsidiária da pessoa física ou jurídica que, substancialmente, domine uma sociedade.) Note-se que estes princípios não visam apenas ao acionista único e nem sequer apenas ao acionista, mas a qualquer pessoa (até não acionista) que tenha, de fato, como reza o decreto francês, "sous le couvert de cette société, masquant ses agissements, fait, dans son intérêt personnel, des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres". Esta observação demonstra não se tratar de um problema peculiar à sociedade com um único acionista, mas de um problema mais geral e que deve ser encarado do ponto de vista geral; o número dos acionistas da sociedade pode, de fato, ser relevante, pois que, obviamente, a confusão dos patrimônios será relativamente freqüente nos casos da sociedade com um ou poucos acionistas; raro ao contrário na sociedade com muitos acionistas. Não pode, porém, o número dos acionistas da sociedade, constituir, juridicamente, o critério decisivo para aplicar uma disciplina jurídica diversa, consoante, apenas, o diverso número dos acionistas. De qualquer forma pode-se afirmar coadunar-se o princípio da responsabilidade limitada com a efetiva separação dos patrimônios: justamente por isso pode, ele, ser acolhido desde que a separação dos patrimônios seja respeitada; não o pode, ao contrário, desde que não haja efetiva separação dos patrimônios. Cf. também R. Goldschmidt, *op. l. cit.*

359. Caso, com efeito, a sociedade A possua um número de ações da sociedade B bastante para controlá-la (o que, à vista da dispersão das demais ações e do absentismo dos acionistas, pode ser até possível sem possuir a maio-

ações ou das procurações para as assembléias, e assim por diante, uma minoria pode acabar por dominar, de fato, a sociedade.

Com efeito, neste último caso, de um lado desaparece o que é, naturalmente, o maior incentivo para uma boa administração da sociedade, ou seja, o perigo de sofrer pessoalmente, através da desvalorização das ações, as conseqüências de uma administração incauta; surgem, de outro lado, os problemas que respeitam à necessária tutela da "minoria" ou, melhor, da maioria dos acionistas sacrificados aos interesses egoísticos de alguns dentre eles.

Portanto, o problema da importância da fiscalização da minoria, também quanto à tutela dos terceiros, merece ser considerado levando em conta todo o domínio das sociedades e não apenas a hipótese da sociedade com um sócio.

Diversa de precedente é a observação que visa, em geral, ao uso da sociedade anônima por parte da pequena empresa. Não é negável ser, a sociedade anônima, destinada à grande empresa; à mobilização das economias de muitas pessoas para realizar empreendimentos que vão além das forças individuais, espalhando, simultaneamente, entre muitos, a propriedade da empresa e assim contribuindo à difusão dessa; é nesta função que a sociedade anônima encontra a justificativa da sua organização. Com efeito, lembraremos, as sociedades anônimas quando familiares ou quando utilizadas para as pequenas empresas, merecem ser denominadas "anômalas", à vista da função econômica típica da sociedade anônima.

No direito italiano vigente não há, no entanto, proibição nenhuma a respeito desta utilização. *De jure condendo* sustenta-se, justamente, ser preciso, quanto à empresa de proporções

---

ria), o controle da sociedade B pertence, afinal, a quem controla a sociedade A, o que, por seu turno, exige apenas a posse da maioria das ações da sociedade A e, com freqüência, de uma porcentagem inferior. Assim, à vista das coligações entre as várias sociedades, o controle delas pode, na realidade, decorrer da posse de uma porcentagem muito modesta dos capitais sociais.

médias, e à sociedade familiar, disciplinar, também no direito italiano, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, prevista na maioria das legislações estrangeiras. Isso demonstra de um lado a oportunidade de ficar, a sociedade anônima, peculiar à grande empresa; de outro lado, porém, não haver incompatibilidade entre o fato de serem, os sócios, limitadamente responsáveis e de se prender, a sociedade, a uma empresa de proporções médias<sup>360</sup>. Pode-se até observar ser, afinal, à vista da menor publicidade, a tutela dos terceiros, menor no caso da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, do que na hipótese da sociedade anônima<sup>361</sup>.

Quanto aos perigos decorrentes, por seu turno, do “anonimato” e dos títulos ao portador, eles são, talvez, de maior gravidade justamente na “grande” empresa e na “grande” sociedade.

Em substância, o defeito das pequenas sociedades anônimas e das sociedades anônimas familiares não está no fato de serem, de per se, mais “perigosas”, quanto aos terceiros, mas em não preencherem a função típica das sociedades anônimas.

O problema, portanto, diz respeito à oportunidade de que as sociedades anônimas preencham efetivamente sua típica função econômica e à disciplina que permita o desenvolvimento desta função, evitando-lhe os perigos. Não há dúvida, no que diz respeito a esta oportunidade: a proibição das pequenas anônimas ou das anônimas familiares não constitui, porém, o caminho apto para alcançar o resultado desejado.

Ademais, é preciso lembrar que, de qualquer forma, a pequena e média empresa estão, em geral, em situação de inferioridade econômica em confronto com a grande empresa; que,

360. Note-se poder, a sociedade por quotas, ser constituída por apenas dois sócios, também nas legislações que, quanto à anônima, requerem o mínimo de sete sócios. Os dois sócios que formam a sociedade por quotas de responsabilidade limitada podem ser dois irmãos; marido e mulher (em muitas legislações), pai e filho; patrão e contador e assim por diante.

361. Isso é confirmado pelo estudo econômico e estatístico de Fraenkel, *Die Gesellschaft mit beshraenkter Haftung*, Tubingen, 1914.

ao contrário, nelas é, às vezes, mais vivo o espírito de iniciativa. Não parece, portanto, acertada a tendência em dificultar legislativamente a pequena e a média empresa, o que pode resultar em um injusto amparo à grande empresa que, por seu turno, levanta os graves problemas decorrentes das tendências monopolísticas que, às vezes, lhe são peculiares.

## 21. Conclusões de *jure condendo*

O que cumpre, examinar – e examinar com “sinceridade” – é o problema geral da concentração das ações (qualquer que seja a causa dela), levando em conta antes de mais nada, a tutela dos terceiros<sup>362</sup>. O fenômeno, que fomos versando, demonstra realmente a existência de exigências práticas que merecem ser levadas em conta e que, hoje, em todos os países (apesar das proibições legislativas), e qualquer que seja a opinião doutrinária, são, de fato, satisfeitas por meio de um uso indireto da sociedade anônima.

362. Frisando, por isso, a responsabilidade dos diretores, dos fiscais e, eventualmente, em casos claramente especificados, do acionista e aperfeiçoando a disciplina da publicidade. Não é segredo para ninguém que é hoje quase que impossível, em muitos casos, quer para o leigo, quer para o acionista, compreender, através dos balanços, a verdadeira situação da sociedade. Pode-se voltar a lembrar que justamente das normas de publicidade e responsabilidade, peculiares às sociedades anônimas, decorre, também quanto às sociedades cujas ações estejam concentradas em uma só mão, uma maior tutela dos terceiros. Esta seria, realmente, menor, caso (como sustentam alguns autores) fossem disciplinadas empresas individuais de responsabilidade limitada, muito embora com uma publicidade peculiar, mas independentemente de todas as normas de publicidade, responsabilidade e tutela do capital social que respeitam às sociedades anônimas. Com efeito, a publicidade pode ser bastante quanto à tutela dos terceiros no que respeita à separação de uma parte do patrimônio do sujeito quando esta parte consiste em bens determinados. Quando, entretanto, o patrimônio separado é destinado ao exercício de uma atividade comercial mudando, por isso, continuamente a sua composição e o seu valor, é mister, para que os terceiros sejam tutelados, haja uma publicidade particular, a organização de um sistema de responsabilidades, a disciplina de um “capital” e a tutela jurídica da sua integridade, tal como acontece quanto às sociedades anônimas.

## 22. O Estado acionista

Como complemento à ilustração do fenômeno que vimos investigando, é interessante observar que únicos ou principais acionistas de muitas sociedades se vão tornando cada vez mais o Estado, os municípios, as províncias.

Quem observar a evolução econômica e jurídica no século XX não tardará em notar, de um lado, a interferência mais vasta do direito público no direito privado, de maneira que a discricionariedade das partes tem um campo de aplicação mais restrito; de outro lado, a aplicação, no âmbito do direito público, de institutos elaborados no direito privado.

Deste segundo aspecto oferece um exemplo típico o Estado acionista. Ao assumir diretamente a administração de determinados serviços públicos, ou ao participar neles juntamente com outrem, o Estado recorre freqüentemente ao instrumento da sociedade anônima, sujeitando-se assim à lei desta. À vista da própria distinção entre a personalidade da sociedade e aquela dos sócios, fica, a sociedade anônima, sempre uma pessoa jurídica de direito privado, apesar de participarem nela entidades de direito público<sup>363</sup>. Visa, esta participação, a conciliar as exigências da participação da entidade de direito público em determinadas empresas com a agilidade dos instrumentos de técnica jurídica elaborados pelo direito privado.

O que cumpre notar é que o uso da sociedade anônima, por parte do Estado, quando único acionista dela, representa um fenômeno similar ao das sociedades com um único sócio.

Mesmo nesse caso, a finalidade que verdadeiramente se quer atingir é uma finalidade indireta: o exercício autônomo de determinada atividade, com uma organização e um patrimônio formalmente distintos e juridicamente separados<sup>364</sup>.

363. Cf. agora Ravá R., *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, I, 324; Cass., 2 de março de 1935, *Foro Italiano*, 1935, I, 758.

364. Cf., quanto à analogia entre a sociedade com um sócio e a sociedade cujo único sócio seja uma pessoa de direito público, Cook, *op. cit.*, p. 432;

## 23. Outros exemplos de negócios indiretos nas sociedades comerciais

Ainda no terreno das sociedades comerciais, será útil lembrar mais alguns exemplos, para maior ilustração do conceito de negócio indireto, a que me referi.

Um negócio indireto é constituído pela hipótese freqüente de uma sociedade constituída pelos credores de um comerciante para incorporar os bens do devedor e providenciar à liquidação destes<sup>365</sup>.

Um negócio indireto é constituído pela transformação de uma filial de sociedade estrangeira em sociedade formalmente autônoma, hipótese esta bastante discutida, há anos, na Itália, sob o ponto de vista da simulação e sob aquele da fraude fiscal<sup>366</sup>.

Lembro, igualmente, a fixação da sede em um ou outro Estado, para sujeitar a sociedade a uma ou outra legislação e, de

---

quanto à impossibilidade desta analogia em razão do problema da licitude ou ilicitude de uma sociedade com um único sócio e da sociedade com um sócio pessoa jurídica de direito público, Ghidini, *op. l. cit.*; quanto ao Estado acionista, em geral, o livro de Cheron na doutrina francesa; quanto às experiências nos Estados Unidos, Dimock no *Recueil d'Études en l'Honneur d'Edouard Lambert*, II, 394.

365. Tal se dá quando a sociedade se constitui com a incorporação dos bens do devedor, sendo, posteriormente, as ações correspondentes transferidas aos credores; quando a sociedade se constitui com um pequeno fundo líquido e mais os créditos para com o devedor, em satisfação dos quais são transferidas à sociedade os bens do devedor e assim por diante. Há, nesta utilização das sociedades anônimas, como que um retorno aos seus mais longínquos precedentes históricos, como o Banco de San Giorgio! O problema que se levanta nestas hipóteses é próprio dos negócios que, afinal, visam a realizar uma liquidação concursual, por meios diversos da falência. (Sobre a chamada cessão dos bens aos credores, cf. Foà, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, 40.) Antes de mais nada, sejam levados em conta todos os credores e todos na proporção dos seus créditos. Trata-se, afinal, de negócios que encontram a sua origem no fato de ter, a falência, um custo que, muitas vezes, é desproporcionado ao seu resultado prático. Nestas hipóteses a jurisprudência citada na nota preliminar deste ensaio, fala em negócio indireto, utilizando conceitos deste estudo.

366. Cf. Bonfante e Sraffa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, I, 649.

um modo mais geral, a determinação estatutária da sede social em um lugar diverso da sua sede natural<sup>367</sup>.

Do mesmo ponto de vista, pode ser considerada a liquidação de uma sociedade com a atribuição aos liquidantes do poder de vender em bloco o acervo social, tendo em vista a consecução do resultado econômico de uma fusão<sup>368</sup>.

Um negócio indireto pode ser encontrado na constituição da sociedade com capital inferior a suas necessidades efetivas e com a outorga ao conselho de administração de poderes para efetuar dentro de breve prazo um determinado aumento<sup>369</sup>.

Esta prática visa a diminuir o alcance da obrigação da entrada imediata dos 30% das subscrições em dinheiro imposta pela lei italiana para a constituição da sociedade (e não para o aumento de capital) e, principalmente, constituir imediatamente a sociedade, embora com um capital inferior àquele que, sucessivamente, e num prazo previsível lhe será necessário; este será, por isso, realizado com aumentos sucessivos. A prática da constituição de sociedade alcança assim, na Itália, um resultado em parte semelhante ao dos países anglo-saxônicos, que não conhecem a obrigação da entrada imediata de uma porcentagem e, de outro lado, admitem a distinção entre capital subscrito e capital estatutário.

367. A respeito deste problema, cf., nos *Studi in Onore di Vivante* o estudo de Wieland.

368. Cf. A. Scialoja, *Saggi*, II, p. 175; Cass. do Reino de 17 de fevereiro de 1930, *Massimario del Foro Italiano*, 1930, n.º 520, c. 107. Uma hipótese, sob certo aspecto, oposta à agora lembrada, é a de duas sociedades agirem, de fato, conjuntamente, desrespeitando a distinção entre seus patrimônios. Na minha opinião, há, nesta hipótese, uma sociedade (irregular) em nome coletivo entre as sociedades anônimas, com a consequente aplicação das normas respectivas. Cf. Ascarelli, *Foro Italiano*, 1931, I, 927; Ferri, *Foro Italiano*, 1932, I, 932; De Gregorio, *Società*, p. 88 e p. 690; Heinsheimer *Derecho Mercantil*, trad. cast., edição Labor, 1933, e a nota 120 deste estudo; contra, Bonfante e Sraffa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1921, I, 509.

369. Cf. sobre essa hipótese e a sua disciplina, A. Scialoja, *Saggi*, II, pp. 262 e 321.

Relativamente a esse processo, a jurisprudência tem falado, às vezes, de simulação; tem pretendido, outras vezes, que há um controle da autoridade judicial, na homologação, mesmo quanto à medida do capital<sup>370</sup>.

Com maior verdade, poder-se-ia falar de uma fraude ao art. 131 do Código Comercial; não creio, porém, que esse artigo possa estender-se além do domínio da constituição e que concirna, também, a negócios juridicamente distintos dela<sup>371</sup>.

A respeito dos arts. 131 e 135 do Código Comercial, pode igualmente ser lembrada a prática de realizar a entrada dos 30% (necessária para a constituição da sociedade) mediante uma operação de banco, que torna ilusória a garantia prevista nessas disposições. Os 30%, com efeito, são depositados em um banco com dinheiro emprestado pelo banco; este, constituída a sociedade, retira o depósito, de maneira que a sociedade acaba por constituir-se sem nenhuma entrada efetiva de capital. Nesse caso, o negócio não é simulado, mas real; obviamente, no entanto, fraudulento e ilícito<sup>372</sup>.

370. Cf. a jurisprudência correspondente, enfeixada em *Temí Romana*, 1929, 287.

371. Cf., nesse sentido, A. Scialoja, *Saggi*, II, 262 e 321. Quanto ao exame desta prática em face do problema da chamada emissão das ações por série, cf., no direito francês, Houpin et Bosvieux, *Sociétés*, 7.ª ed. n.º 876; quanto aos problemas decorrentes da outorga, aos diretores, de poderes para o aumento de capital, cf. De Gregorio, *Società*, Turim, 1938, p. 451. É desnecessário acrescentar que, no texto, visa-se a indicar a existência do fenômeno, prescindindo do exame da validade ou disciplina dele.

372. Cf. A. Scialoja, *Saggi*, II, 149, 201 e 277, cuja argumentação não me parece, porém, decisiva, embora concordando na conclusão última. Ele sustenta que, em face do art. 133, a retirada do depósito não pode ser confiada, pelos diretores, a outrem. No entanto, o art. 133 não exclui a possibilidade de os diretores confiarem a outrem a retirada dos 30% depositados no banco; a restituição deve, com efeito, segundo o art. 133, ser feita aos diretores; mas, por que não a um seu representante especial? Na minha opinião, a ilicitude deste procedimento assenta na confusão entre o débito da sociedade e o dos subscritores. Com efeito, os 30% depositados no banco pertencem à sociedade; se foram depositados com dinheiro tomado de empréstimo, é óbvio que são os subscritores, e não a sociedade,

Sempre no domínio das sociedades comerciais, recorde, ainda, a constituição de cooperativas construtoras, com ulterior divisão dos bens em espécie entre os sócios, tendo em vista usufruir as vantagens fiscais concedidas às cooperativas na aquisição de terrenos. Essa prática deu, recentemente, ensejo a uma interessante sentença da Corte Suprema<sup>373</sup>.

Num campo análogo pode-se lembrar a prática de transferir, as ações de uma sociedade proprietária de imóveis, para transferir a propriedade desses imóveis, poupando, então, o imposto sobre a transmissão de imóveis<sup>374</sup>.

Intuitos fiscais explicam, por seu turno, a prática da entrada com determinados bens em uma sociedade com o compromisso dos demais sócios de comprar, a um preço predeterminado, as

---

que ficam obrigados à restituição; portanto, mesmo independentemente da responsabilidade dos diretores, o banco não pode responsabilizar a sociedade pelo empréstimo feito aos sócios, nem, pois, reter o depósito efetuado para garantir o empréstimo feito aos subscritores, nem compensá-lo com o débito destes. De outro lado, a sociedade não pode emprestar aos subscritores o dinheiro para que eles reembolsem o banco (ficando, assim, devedores da sociedade, que desta forma, se constituiria sem nenhuma entrada efetiva), pois tal operação contraria o escopo social. Cf. De Gregorio, *Società*, Turim, 1933, p. 269, justamente frisando a fraudulência da prática, também perante o direito penal.

373. *Cass. del Regno*, 13 de maio de 1929, *Foro Italiano*, 1929, I, 1.262.

374. É esse um dos fins, às vezes, visados pelas sociedades com um só sócio, mas é óbvio respeitar, a questão, a qualquer sociedade imobiliária e até as sociedades que não têm por objeto a exploração de imóveis quando no entanto sejam proprietárias destes. Em princípio a diferença entre uma transferência de ações e uma transferência dos bens da sociedade é nítida e decorre, não apenas da personalidade jurídica social, mas do fato de respeitar, a ação, à participação no conjunto do patrimônio social e não a um bem determinado. Por isso, na falta de disposição de lei, uma venda de ações não pode ser tributada com imposto de transmissão imobiliária, mesmo quando, à vista das peculiares circunstâncias do caso (como na hipótese de uma sociedade exclusivamente proprietária de imóveis cujas ações sejam, todas, transferidas), sejam assim, indiretamente, transferidos imóveis. No entanto, o problema pode ser legislativamente encarado. Na legislação estabelece-se, às vezes, que as ações de sociedades, cujo objeto é a exploração de imóveis, sejam nominativas e que, na ocasião da transferên-

cia delas, seja pago o imposto de transmissão; às vezes impõe-se este ônus apenas às sociedades com um só sócio; às vezes institui-se um imposto especial anual a cargo das sociedades, com relação aos imóveis que possuem: é talvez esta última a solução mais acertada. Esta solução evita também possa, o imposto devido quanto à transferência dos imóveis, ser evadido, constituindo uma *holding* (com ações ao portador) por seu turno acionista da sociedade imobiliária ou provendo ao financiamento da sociedade, prevalentemente (nas legislações que facultam esta possibilidade), com debêntures ao portador com participação nos lucros. Até independentemente da hipótese acima, a sociedade com um ou poucos sócios apresenta, com freqüência, problemas fiscais, quanto ao imposto de renda, no que diz respeito à parte complementar progressiva. Este, com efeito, atinge apenas os rendimentos percebidos pelas pessoas físicas e, por isso, apenas os lucros sociais distribuídos aos sócios. Somente estes lucros estão sujeitos ao imposto complementar progressivo ou (caso se trate de rendimentos ao portador) ao imposto especial sobre os dividendos de ações ao portador que, neste caso, constitui um substituto à *forfeit* do imposto complementar progressivo. Este, portanto, não atinge os lucros sociais que fiquem retidos na sociedade. Especialmente, portanto, quando a sociedade é de um ou poucos sócios será freqüente a retenção dos lucros com o fim de evitar destarte o imposto complementar progressivo que, de outra forma, seria devido. Na legislação norte-americana foram tributadas de modo especial as reservas excessivas justamente para impedir possa, a sociedade, ser aproveitada para poupar o imposto progressivo que respeitaria às pessoas físicas (cf. sec. 102 *Internal Revenue Code* 1939). Igualmente na legislação inglesa e canadense são, as reservas, tributadas de modo especial desde que excedam uma medida razoável, sendo, de outro lado, encarados quais distribuições de lucros, os empréstimos aos próprios sócios por parte da sociedade, enquanto não decorram do giro dos negócios sociais. Ainda mais pesadamente, foram tributados, na legislação norte-americana os lucros retidos nas *personal holdings* (cf. sec. 501 *Internal Revenue Code*), ou seja, naquelas sociedades, de um ou poucos sócios, que investindo o próprio patrimônio em ações sem explorar, diretamente, nenhuma atividade comercial, visam, de um lado, à evasão do imposto progressivo, de outro lado a compensar os lucros e os prejuízos decorrentes de inversões diversas, o que, em geral, não é possível quanto ao economizador – pessoa física. Com o mesmo fim, a legislação canadense estabelece deverem-se, nesta hipótese, considerar sempre todos os lucros sociais como distribuídos aos acionistas, quaisquer sejam as deliberações assembleares a respeito. Cf. Plaxton, *The Law Relating the Income Tax of the Dominion of Canada*, Toronto, 1939, p. 17, p. 169 e p. 182. As sociedades que, sem explorar diretamente nenhuma atividade comercial, invertem o próprio patrimônio em ações ou quotas de outras sociedades (*holding*), constituem sociedades com fim indireto; o da concentração da direção econômica de mais socie-

ações entregues em troca de bens, como meio indireto de venda<sup>375</sup>. De outro lado, não é rara a constituição de uma sociedade com entradas em dinheiro e com a imediata aquisição, pela sociedade, de determinados bens dos próprios subscritores; estes bens são, portanto, praticamente pagos em ações, de maneira que o resultado é a constituição de sociedade com uma entrada, total ou

dades como notaremos mais adiante; o da compensação dos lucros e das perdas das inversões de uma pessoa física como no caso, acima lembrado, da *personal holding*. Por seu turno, a transferência de "todas" as ações e, sob outros aspectos, a transferência de um número de ações bastante para que o comprador adquira o "controle" da sociedade, levanta sempre problemas particulares, seja no direito privado, seja no fiscal. No primeiro caso, há, afinal, um negócio indireto (pois o fim último visado é a transferência dos bens sociais), em princípio, lícito e que não está, em princípio, sujeito às normas que, no direito privado e no fiscal, versariam uma transferência dos bens. (Discutiu-se, exemplificativamente, se, no caso de venda de todas as ações, seja o alienante responsável perante o adquirente pela evicção dos bens sociais: a resposta foi, justamente, negativa: Cass., 29 de março de 1935, *Foro Italiano*, 1935, I, 1.627. Cf. Sralfa, *Foro Italiano*, 1926, I, 265; Ascarelli, *Foro Italiano*, 1935, I, 1.625; Greco, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1935, II, 223; Salandra, *Foro Italiano*, 1936, I, 207; Ferri, *Foro Italiano*, 1936, I, 711. Igualmente foi discutido se, quanto à tributação do aviamento, seja a venda de todas as ações, sujeita às normas que visam à venda de um estabelecimento comercial; a Cass. de 29 de janeiro de 1937, *Rivista di Diritto Finanziario*, 1937, 99, respondeu afirmativamente, com comentário, porém, contrário, de Pugliese.) Em algumas legislações há, a respeito, disposições especiais no que respeita ao direito fiscal (cf. Plaxton, *ob. cit.*, p. 182), e no que respeita à luta contra os monopólios.

375. A distinção entre compra e venda e entrada de um bem numa sociedade é óbvia e nunca foi negada no domínio do direito privado; o foi, às vezes, mas erroneamente, naquele do direito fiscal. Na hipótese do texto levanta-se, entretanto, o problema que respeita a uma entrada que (à vista do compromisso simultâneo quanto à venda das ações) indiretamente alcança o resultado de uma venda. Veja-se, por exemplo, o estatuto da S. A. Società Commerciale Cesare Macchi, in Gallarate, *Boll.*, 1929, f. 49, onde se lê: "Si intendono compresi nell'azienda sociale l'acquisto e la vendita di immobili anche a mezzo di conferimento." Hoeniger, *op. cit.*, p. 165, sustenta a aplicabilidade, nesta hipótese, da rescisão por lesão enorme (inaplicável, ao contrário, em princípio, conforme a jurisprudência italiana às entradas numa sociedade: App. Milão de 20 de maio de 1927, *Monitore Trib.*, 1927, 618).

parcial, em bens que não são dinheiro<sup>376</sup>. Também não é rara a extensão do objeto social a novos empreendimentos e a sua redução sucessiva, eliminados os empreendimentos originários, ficando tão somente os sucessivamente acrescentados, como meio indireto para mudar o objeto da sociedade, nas legislações que limitam esta possibilidade<sup>377</sup>, e assim por diante<sup>378</sup>.

Não precisa acrescentar serem estes exemplos, todos, indício de situações patológicas. Os negócios indiretos constituem, afinal, um material que deve ser levado em conta pelo legislador para, distinguindo o joio do trigo, satisfazer, de um lado, as exi-

376. Nessa hipótese visa-se, às vezes, a evitar a avaliação pericial dos bens, necessária na maioria das legislações (mas não no Código italiano de 1882) quando a entrada do sócio não seja realizada com dinheiro. Essa hipótese deu lugar a muitas discussões na Alemanha, onde, a respeito, se invocou o conceito de simulação. Invocando conceito diverso, cf. Flechtem, *Juristische Wochenschrift*, 1929, 1205. Prescindo aqui do exame do que diz respeito à fraudulência desta prática. Houpin et Bosvieux, *Sociétés*, 7<sup>a</sup> ed., vol. I, n<sup>o</sup> 715, n<sup>o</sup> 716 e n<sup>o</sup> 911 examinam, distintamente, a respeito, a hipótese da simulação e a do negócio indireto, achando, implicitamente, lícito o negócio nesta última hipótese, conforme a jurisprudência francesa dominante. Mas este é o problema que mereceria ser examinado, o que mais uma vez demonstra não ser bastante encarar apenas a existência ou inexistência da simulação, para declarar a invalidade do negócio no primeiro caso e a validade no segundo: cumpre, ao contrário, encarar, distintamente da simulação, a hipótese do negócio indireto e verificar a fraudulência ou licitude deste negócio no caso concreto.

377. A atual orientação peculiar à maioria das legislações em permitir, em princípio, qualquer modificação do estatuto encontra um precedente nas práticas estatutárias que, anteriormente, visavam a alcançar, indiretamente, o mesmo fim.

378. Na prática norte-americana constitui um negócio indireto a prática do *treasury stock* (Cf. Cook, p. 152) que visa à emissão de ações abaixo do valor nominal. (O subscritor das ações doa à sociedade parte das ações subscritas; a sociedade sucessivamente vende ditas ações a um preço inferior ao seu valor nominal.) Cf., no citado Cook, quanto em geral diz respeito à prática norte-americana com relação à emissão das ações abaixo do valor nominal, prática que levou à permissibilidade da emissão de ações sem valor nominal. No direito italiano o princípio de não poderem as ações ser emitidas por preço abaixo do valor nominal é fundamental, e revelou-se benéfico na prática; se prende ele ao conceito de capital social, que tem um alcance mais rigoroso do que no direito norte-americano.

gências que sejam justas, reprimindo, de outro lado, eficazmente, os abusos.

#### 24. Sociedades anônimas anômalas. Concentração industrial e sociedade

As observações desenvolvidas nestas páginas talvez possam tornar-se úteis, igualmente, no estudo de alguns fenômenos que se verificam no vasto campo das sociedades anônimas anômalas.

É o que ocorre nas pequenas sociedades anônimas, já lembradas anteriormente. Economicamente, as sociedades anônimas são destinadas às grandes empresas; constituem o instrumento jurídico para transformar em capital industrial as economias de vastas camadas da população; a direção efetiva da empresa se distingue, portanto, da simples participação nesta; há uma distinção jurídica constante entre acionistas, diretores e conselho fiscal, ou seja, entre a orientação geral da sociedade, sua administração e a fiscalização desta. Nas demais sociedades, ao contrário, cada sócio tem, pelo fato de ser sócio, salvo cláusula em contrário, o poder de participar na administração da sociedade ou, de qualquer forma, pelo menos (como acontece quanto aos comanditários), ao seu controle<sup>379</sup>.

Na prática a distinção entre acionistas e diretores se foi acentuando no recente desenvolvimento das sociedades anônimas, dominado pela moderna tendência à concentração das empresas,

379. A importância jurídica desse conceito foi posta em destaque por Wieland; é, aliás, evidente no que diz respeito às sociedades em nome coletivo, em que cada sócio goza, em princípio, de um poder de administração, que só desaparece por força do pacto social (art. 107 do Código Comercial; art. 1.723 do Código Civil) e, mesmo nesse caso, de maneira não absoluta, como resulta da hipótese considerada pela Cassação italiana, em 31.3.1925, e da solução ali adotada (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1925, II, 509). Por sua vez, o comanditário é excluído da participação na administração da sociedade, não podendo (ao contrário do acionista na sociedade anônima), ser administrador desta, mas, por outro lado, tem direitos mais amplos que os do acionista no que diz respeito à possibilidade de fiscalizar a gestão da sociedade (por exemplo, no que respeita ao exame dos livros sociais).

É justamente dessa acentuação que, a cada passo, surgem graves problemas na disciplina dessas sociedades<sup>380</sup>.

Mas não é raro, tampouco, encontrar sociedades anônimas familiares. Compostas de pouquíssimos sócios, com ações freqüentemente nominativas e sujeitas, às vezes, quanto à sua transferência, a limitações especiais, com acionistas que são todos concomitantemente diretores ou membros do conselho fiscal – muitas vezes transformações de empresas individuais que procuram, assim, solidificar-se e perpetuar-se além da vida do fundador –, essas sociedades apresentam cláusulas particulares sobre cuja validade freqüentemente se discute nas salas dos nossos tribunais, apresentando problemas peculiares seja no do direito fiscal<sup>381</sup>, seja no que respeita a uma perigosa concentração da riqueza.

De outro lado a constituição de uma pequena sociedade anônima, e independentemente do número dos seus acionistas, pode ser considerada sob o ponto de vista desenvolvido nestas páginas.

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada, ora acolhidas em quase todas as legislações e em nossos projetos de Código de Comércio, objetivam justamente constituir uma forma jurídica apropriada para satisfazer exigências econômicas que não encontram plena satisfação com a sociedade anônima, nem com a sociedade em nome coletivo ou em comandita<sup>382</sup>.

380. O desenvolvimento recente da sociedade anônima, quando o mercado de capitais é muito desenvolvido, centraliza a direção, não raro, nas mãos de uma minoria, enquanto a massa dos acionistas não pode e, muitas vezes, não quer, acompanhar verdadeiramente as vicissitudes da empresa: emprega o próprio dinheiro em ações, ou com intenções especulativas ou para simples aplicação de capital. Cf., a respeito, Berle & Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.

381. Às vezes, na legislação comparada, estão as sociedades anônimas familiares sujeitas a uma regulamentação especial quanto ao imposto de renda. Por exemplo, na legislação canadense autorizam-se, nesta hipótese, os acionistas a pedir ser tributados direta e pessoalmente, cada um em proporção da própria participação, em relação ao rendimento percebido pela sociedade. Cf. Plaxton, *The Law Relating the Income tax of the Dominion of Canada*, Toronto, 1939, p. 8 e p. 186.

382. Justamente a falta da sociedade por quotas, responsabilidade limitada, explica o grande número de sociedades anônimas na Itália. De outro lado, a modéstia

A sociedade anônima por ações constitui, sem dúvida, um dos instrumentos mais característicos e bem dotados de força expansiva, no direito moderno. Representa, com efeito, o meio mais simples para a constituição de uma pessoa jurídica com patrimônio rigorosamente distinto do de seus membros. Essa força expansiva foi sancionada pelo art. 229 do Código Comercial na parte referente às sociedades anônimas civis. Mas um exame dos estatutos das sociedades anônimas demonstra como estas transpuseram até os limites das sociedades civis.

Encontram-se, assim, freqüentemente, sociedades anônimas que, embora respeitando os requisitos das sociedades, não se propõem, afinal, nenhum objetivo de lucro, mas simplesmente objetivos de estudo, patrióticos, de beneficência, esporte, propaganda. Os lucros eventuais são, praticamente, destinados à consecução desses objetivos<sup>383</sup>.

Outras vezes, a sociedade anônima, embora respeitando o princípio de fixidez do capital, invade o campo das mútuas<sup>384</sup>.

do custo de constituição da sociedade anônima, e a simplicidade das formalidades a serem observadas a respeito, no direito italiano, explica por que, na Itália, sejam menos vivas que alhures as exigências da prática quanto à introdução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

383. V., por exemplo, os estatutos da Sociedade Italiana per la Propaganda Turistica all'Estero, *Boll.*, 1929, fasc. 51, p. 30, cujo escopo é o de "esercitare all'estero la propaganda per la valorizzazione turistica italiana"; da Società Etna, *Boll.* 1929, f. 51, p. 145, para a valorização turística do Etna; da S. A. Immobiliare Littorio in Legnano, *Boll.* 1920, f. 51, p. 94, cujo escopo é o de erigir a administrar edifícios destinados ao uso de instituições de caráter público, patriótico etc., e cujos lucros podem ser destinados pela assembleia a objetivos morais ou patrióticos.

384. O conceito do cooperativa prende-se, em princípio, ao de mutualidade; a variabilidade do capital, peculiar às cooperativas, satisfaz justamente às exigências decorrentes da mutualidade. O conceito de cooperativa (ou mútua) é, portanto, distinto do conceito de sociedade com capital variável, podendo uma sociedade, embora com capital variável, não ter um fim de mutualidade e sendo, de outro lado, possível que uma sociedade, embora não sendo o capital variável, alcance, praticamente, os fins de uma mútua. No Código de Comércio italiano de 1882 regula-se juntamente a sociedade, o capital variável e a cooperativa; a mutualidade exigida, quanto à aplicabilidade de muitas normas da legislação especial sobre as cooperati-

Não é raro encontrar sociedades anônimas e, portanto, sociedades de capital fixo, organizadas com inteiro respeito dos requisitos das sociedades anônimas, mas, no entanto, de modo a realizar, exclusivamente, ou em parte, intentos de mutualidade, através, naturalmente, de cláusulas estatutárias que podem, às vezes, dar lugar a mais de uma dúvida.

Não é raro encontrar, também, sociedades anônimas que, em vez de ter um objetivo de lucro próprio e autônomo, visam, como fim último, a fornecer aos sócios determinados serviços ou se limitam à proteção de determinados interesses coletivos<sup>385</sup>, embora respeitando os requisitos das sociedades anônimas. Em todos esses casos, como é natural, encontram-se cláusulas peculiares, sobre cuja validade é impossível nos determos a discutir neste estudo.

Particularmente freqüentes são, por exemplo, as cláusulas que impõem aos sócios determinadas prestações periódicas ou peculiares obrigações ulteriores<sup>386</sup>, além da integralização das ações sociais<sup>387</sup>.

vas, acabou, por não ser essencial quanto à aplicabilidade das normas do Código de Comércio sobre as cooperativas, que levam em conta essencialmente a variabilidade do capital. (No direito brasileiro, ao contrário, o Decreto nº 2.239, de 15 de dezembro de 1939, mencionou explicitamente, no art. 1º, a mutualidade como a característica fundamental da cooperativa; o Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943, exige no art. 2º sejam, os fins da cooperativa, fins econômico-sociais exercidos em área de ação determinada.) Tal, parece-me, a opinião sustentada por Vivante. Cf. Houpin et Bosvieux, 7ª ed., vol. III, p. 848, quanto à diferença entre os conceitos de sociedade de capital variável e de cooperativa (mútua).

385. O fenômeno já foi observado por A. Scialoja, *Saggi*, II, 145. Cf., entre os estatutos recentes, Ente Autonomo fra Esercenti di Lattivendoli in Milano, *Boll.*, 1927, f. de 21 de julho, p. 105; S. A. Esercizi Sportivi, *Boll.* 1928, f. 24, p. 3; S. A. Macellai Dettaglianti, *ibidem*, p. 10; Istituto Bacologico Italiano in Chieti, *Boll.* 1929, f. 49, p. 158. Ai se lê, por exemplo, que o objetivo da sociedade é o de produzir ovos de bicho da seda para uso dos próprios sócios e, eventualmente, para a venda a estranhos, ficando excluído o comércio de ovos de bicho da seda produzidos por terceiros; que os lucros podem ser destinados a promover estudos que aumentem os conhecimentos sobre o bicho da seda, e assim por diante.

386. Por exemplo, a obrigação de vender ou comprar a mercadoria exclusivamente por intermédio da sociedade e, portanto, todos às mesmas condi-

O leitor sagaz me justificará por não examinar essas hipóteses. Terá notado, com efeito, que, para fazê-lo, seria necessário conduzir a indagação ao terreno dos cartéis<sup>388</sup>, argumento esse que não pode ser investigado aqui<sup>389</sup>.

Pode-se, porém, notar que, quando para alcançar a concentração da venda dos produtos de várias empresas com a regulamentação da concorrência recíproca, se constitui uma sociedade anônima, visa-se, embora respeitados os requisitos da sociedade anônima, a alcançar, indiretamente, um fim diverso: aquele que é típico de um contrato de consórcio.

Há, portanto, nestas hipóteses, um uso indireto da sociedade anônima para alcançar a regulamentação da recíproca concorrência entre empresas diversas e a concentração da venda dos seus produtos (ou da compra das suas matérias-primas).

Igualmente freqüente é, hoje em dia, a constituição da sociedade anônima para alcançar, por meio da concentração em uma única sociedade de ações de sociedades diversas e, juridicamente, autônomas, a unificação econômica da direção de várias empresas<sup>390</sup>.

ções e, eventualmente, cada um em uma porcentagem, previamente fixada, do total anualmente vendido (ou comprado). É o que se dá nos cartéis constituídos quais sociedades.

387. Ocupa-se com o assunto, como se sabe, o Código de Comércio alemão. Na jurisprudência italiana, cf. Cass. do Reino, 22 de fevereiro de 1929, *Corte di Cass.*, 1929, 915.

388. Em apoio de minha afirmação relativa à conexão existente entre o negócio indireto e os cartéis, cf. Rabel, *op. cit.*; Flechteim, *Kartellrecht*, 2ª ed., pp. 8 e 231; e o comentário de Sraffa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1914, II, 845.

389. Cito, ao acaso, uma série de estatutos de sociedade anônimas que, segundo penso, constituem consórcios ou estão ligadas a contratos de consórcios: S. A. Fabbrica Lombarda Olii Grassi e Lubrificanti, *Boll.* 1928, f. 8, p. 125; S. O. Sarda Concimi e Prodotti Chimici, *Boll.* 1928, f. 1, p. 43; S. A. Società Industria Lombarda, *Boll.* 1928, f. 8, p. 251; Istituto di Credito Agrario per la Provincia di Ferrara, *Boll.* 1928, f. 4, p. 253; S. A. Consorzio tra i Proprietari ed Esercenti Cave di Pietra Vesuviana, *Boll.*, 1927, f. 48, p. 59; S. A. Veneta di Fertilizzanti e Prodotti Chimici, *Boll.* 1928, f. 8, p. 122.

390. Cf. *supra* a nota 331.

Instrumento da grande empresa, acaba, a sociedade anônima, por constituir um instrumento da concentração das empresas e não há quem desconheça os graves problemas que se levantam a respeito.

Também neste caso<sup>391</sup> há, afinal, um uso indireto da sociedade anônima, sendo o fim último visado aquele da concentração industrial<sup>392</sup>.

Talvez seja justamente a concentração industrial um dos fins com maior freqüência, e mais perigosamente, visados pelo uso indireto de determinados negócios jurídicos<sup>393</sup>.

De modo geral pode-se observar que há, às vezes, a constituição de uma sociedade e, especialmente, de uma sociedade

391. Aparentando-se, sob este aspecto, a analogia entre o fenômeno da *holding* e o do consórcio, apesar da diversidade do tecnicismo jurídico usado.

392. A meu ver a concentração industrial (respeitada a autonomia jurídica das várias empresas) é um resultado econômico que pode ser alcançado com instrumentos jurídicos diversos. A diversidade de instrumento jurídico deverá ser levada em conta no que respeita ao direito privado. No que respeita, entretanto, às leis que visam a combater qualquer contrato que vise a um fim monopolístico, cumprirá tomar em consideração negócios diversos quando visem a este fim, apesar da sua diferença estrutural no direito privado.

393. Oposto é, num certo sentido, o fenômeno da constituição, quais sociedades anônimas, de filiais ou estabelecimentos comerciais, para o fim de alcançar a autonomia administrativa e jurídica deles; a diferença entre as duas hipóteses é evidente no que respeita às disposições da legislação antimonopolística (como o *Clayton Act* norte-americano). Também no caso da constituição da filial em sociedade anônima distinta, a constituição da sociedade tem um fim indireto; este fim é análogo ao que se verifica quanto à constituição de uma sociedade por parte de uma pessoa física com o fim de exercitar o comércio ou um determinado comércio com responsabilidade limitada. O fim visado é, então, aquele de um descentramento jurídico apesar da permanência do coligamento econômico e por isso se levantam os problemas que sempre são peculiares das sociedades coligadas, quer o coligamento seja alcançado entre empresas, que, anteriormente, eram completamente distintas, quer seja, ele, o resultado da permanência de um coligamento econômico, apesar da subdistinção jurídica daquela que era uma única empresa, entre mais empresas distintas.

anônima por ações, com finalidades ulteriores e diversas do fim típico da sociedade<sup>394</sup>.

Dever-se-ão, nestas hipóteses, aplicar as normas da sociedade, e não seria exato falar em simulação, mas, no entanto, dever-se-á levar em conta o fim último visado, para apreciar a licitude do negócio, ou sujeitá-lo a uma disciplina particular, além da que decorre do regime das sociedades.

Alcança-se, assim, uma tutela dos terceiros mais eficaz do que a decorrente apenas da teoria da simulação: é justamente a tutela dos terceiros o que deve constituir o critério fundamental quanto à disciplina destes fenômenos.

#### 25. Exemplos de negócios indiretos fora do campo das sociedades comerciais

Se, deixando o campo das sociedades comerciais, entrarmos no terreno geral do direito comercial, os exemplos de negócios indiretos – lícitos ou ilícitos – não serão menos numerosos.

Para começar pelos títulos de crédito, em que se revela o nexo existente entre o negócio indireto e o negócio abstrato, considerem-se os numerosos tipos de cheques sacados sobre o próprio sacador, entre os quais podem ser incluídos os cheques circulares, anteriores ao Decreto de 1923.

Lembre-se a hipótese freqüente do endosso apostado tendo apenas em vista a função de garantia dele decorrente, independentemente de qualquer efetiva transferência do título. Falou-se, de início, nesta hipótese, de simulação de aval; sucessivamente, e mais exatamente, de endosso indireto<sup>395</sup>.

394. Messineo, *Le Società Collegate*, p. 7, fala agora em "sociedades instrumentais" indicando o mesmo fenômeno que, neste estudo, foi denominado "sociedades com fins indiretos" e que Greco e Carnelutti indicam agora falando em "sociedades de cômodo".

395. Cf. La Lumia, *Obbligazione Cambiaria e Rapporto Fondamentale*, nº 51 (sustentando a existência da simulação); mas agora Ferrara, *Girata*, p. 273; Valeri, *Diritto Cambiario*, vol. II, p. 179 (sustentando a existência de um

Fora do âmbito dos títulos de crédito, pode-se pensar no mandato de venda concedido pelo vendedor ao comprador que deseje revender, mandato esse que, praticamente, substitui a primeira venda<sup>396</sup>; no mandato de venda como garantia, para aquele que é nomeado mandatário, quanto ao seu crédito contra aquele que o nomeia<sup>397</sup>; num *report* com empenho de prorrogação, em

negócio indireto). No direito cambiário inglês, faltando o aval, é a função dele preenchida pelos endossos que não provenham de quem tenha sido *holder in due course*.

396. É o *Schwarzkauf* da doutrina e jurisprudência alemã. Na legislação italiana, o caso é considerado no art. 45 da Lei do "registro". Cf. Jarach, *Principi per l'Aplicazione delle Tasse di Registro*, Padova, 1937, p. 60 e p. 80. (No direito brasileiro cf. arts. 15-17, do livro V do Código de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, revogados com o Decreto estadual nº 13.163, de 31 de dezembro de 1942.) Análogo é o problema que se apresenta quanto aos contratos preliminares de venda e à cessão deles, pois que à vista da diferença entre contrato preliminar e definitivo, é apenas este último, o que é objeto do imposto sobre transmissão de imóveis. Talvez a prática evidencie – sendo, aliás, o fenômeno comum a todos os países – como que um contraste entre a técnica e a medida do imposto de transmissão imobiliária por ato *inter vivos* (decorrentes, em parte, de uma situação histórica em que estas transmissões eram relativamente raras) e as exigências do comércio imobiliário e de um "mercado" dos imóveis, em que, às vezes, a "velocidade" de circulação do bem é muito grande. É, parece-me, impossível, na falta de disposição legal, tributar com imposto de transmissão operações que não substanciam uma transmissão imobiliária, com a alegação que, por meio delas, se substitui uma transmissão que, de outra forma, teria sido realizada. O problema, no entanto, pode ser encarado legislativamente como, realmente, acontecendo na Lei italiana do "registro".

397. Nesse caso, como no precedente, é necessário admitir seja, a procuração, irrevogável. Não é este o lugar para examinar a possibilidade de ser a procuração irrevogável e o alcance jurídico desta irrevogabilidade; irrevogabilidade apenas obrigatória, isto é, podendo o representado revogar a procuração, embora fique responsável por perdas e danos para com o representante, ou irrevogabilidade real, por tal modo que a eventual revogação não seja oponível aos terceiros? É fácil observar que a procuração *in rem propriam* constitui, afinal, um negócio indireto; é sempre o indício de visarem, as partes, a conseguir, por meio da procuração, um fim que não é o típico da representação. Elas ou visam a substituir um contrato entre o procurador e o representado, à vista do fato de pretender, o procurador, concluir um contrato sucessivo com um terceiro, ou visam a

vez de um empréstimo com penhor irregular de títulos, fiscalmente mais gravoso; na constituição de uma dívida, por exemplo, por meio de *report*, com o objetivo de compensá-la, com o próprio crédito, em relação à pessoa cuja falência se receia, obtendo, assim, o pagamento integral desse crédito<sup>398</sup>; num contrato de trabalho por tempo determinado, tacitamente prorrogável, como equivalente a um contrato de trabalho por tempo indeterminado<sup>399</sup>; e assim por diante.

Se examinarmos alguns dos casos aqui recordados, verificaremos ser, às vezes, o negócio, obviamente fraudulento, devendo como tal, ser combatido; às vezes, constitui, ele, o indício de exigências práticas, que podem ser satisfeitas com novos institutos legislativos. Tal se deu, justamente, com os cheques circulares<sup>400</sup>.

dar, ao procurador, uma garantia quanto a um crédito dele contra o representado; por isso a outorga da procuração *in rem propriam* substitui a conclusão de um contrato entre o representado e o procurador. Historicamente a procuração *in rem propriam* encontra a sua origem na necessidade de realizar uma cessão de crédito, desconhecida no primitivo direito romano; é este, ainda hoje, com freqüência, o seu real alcance, apesar de ser, nos direitos modernos, prevista e disciplinada a cessão dos direitos.

398. Essa prática, bastante difundida entre corretores de bolsa, deu lugar, recentemente, a uma série de processos junto à magistratura romana (cf. *Diritto e Pratica Commerciale*, 1929, 325). Tribunal, Corte de Apelação e Cassação (28 de fevereiro de 1930, *Massimario Foro Italiano*, 1930, c. 138, nº 668) consideraram revogável o pagamento assim efetuado, pois que em fraude aos credores. Para chegar a esse resultado consideraram o *report*, como simulado, o que, entretanto, é inexato. Parece-me que, mesmo sem recorrer à simulação, a compensação deve nessa hipótese, ser revogada, por força do art. 709 do Código de Comércio italiano de 1882, quando se recorde que, conforme a doutrina e a jurisprudência, concordes a esse respeito, as compensações fraudulentamente provocadas são revogáveis, em virtude do referido artigo.

399. Cf. nota 290

400. Para os que entendem derivar o *report* da *mohatra* medieval, esse também poderia ser considerado desse ponto de vista. Parece-me, no entanto, ser essa derivação destituída de fundamento. A origem do *report* se encontra nos negócios praticados na Bolsa de Amsterdam e descritos, com muita vivacidade, no interessante livro daquela época, de José de la Vega, *Confusión de Confusiones*, Amsterdam, 1681. Cf. R. Ehrenberg, *Zeitalter der Fugger*, II, 336. Podem, ao contrário, encontrar-se exemplos da evo-

Se, do direito comercial, volvermos por um momento o olhar para o direito civil, encontraremos exemplos numerosos e, muitas vezes, conhecidíssimos de negócios indiretos.

Assim, a representação, como meio indireto para a locação de prédios rústicos<sup>401</sup>; a adoção, para se transmitirem títulos nobiliárquicos; o matrimônio, com o simples objetivo de legitimação; a mudança de cidadania, eventualmente por meio de adoção, tendo em vista o divórcio; e, no direito canônico, a conversão ao catolicismo de um cônjuge, num matrimônio entre acatólicos, para se proceder a novo matrimônio, baseado no privilégio paulino.

Um vasto campo de negócios indiretos é, realmente, aquele que diz respeito aos negócios cujo fim indireto é obter o divórcio em países que não admitem tal instituto. Não há dúvida prenderem-se, eles, a um contraste entre as exigências sociais e a estrutura legal e, há quem — independentemente do diverso problema da fraudulência “legal” destes negócios ou da falta desta — julga justas estas exigências e, ao contrário, injusta a solução legal<sup>402</sup>.

lução mencionada no texto, no desenvolvimento histórico por meio do qual o empréstimo a risco originou o contrato de seguro marítimo; em algumas cláusulas por meio das quais, no século XVII, a cambial, embora legalmente disciplinada como documento de um contrato de câmbio, foi utilizada como instrumento de mobilização de créditos, até que também a sua disciplina legal chegou a inspirar-se neste conceito. É, talvez, típica, a respeito, a prática da cambial com ressaque, como meio indireto para superar o requisito da *distancia loci*. As discussões doutrinárias acerca da cambial, nos séculos XVIII e XIX, prenderam-se, justamente, ao fato de terem, alguns autores, em vista a função originária da letra de câmbio, na qual ainda era inspirada a sua disciplina legal, ao passo que outros levavam em conta a sua função efetiva, embora, às vezes, realizada com a técnica do negócio indireto. O valor da obra de Einert consiste justamente em ter, ele, sido o intérprete da função efetiva preenchida pela letra de câmbio, preparando assim o caminho da reforma legislativa.

401. É uma prática adotada na Sicília e surgiu da intenção de sublocar as fazendas, não obstante os obstáculos postos pelas autoridades administrativas às “subgabelas”. O condutor se apresenta como representante; o subcondutor, conseqüentemente, como condutor. Cf. Molé, *Inchiesta sul Latifondo Siciliano*, Roma, 1930.

402. A jurisprudência, por seu turno, ou foi dando progressivamente um alcance maior ao desquite *quoad thorum et mensam* (tendo sido; às vezes, esta

## 26. Dinâmica do direito

Com as precedentes considerações, não quis, nem pude, aprofundar o exame do argumento.

O meu objetivo foi oferecer uma contribuição para pesquisas que se poderiam, talvez, dizer de “dinâmica” jurídica.

Os juristas preocupam-se, naturalmente, com o estudo do direito vigente em determinado momento; os historiadores, por seu turno, estudam a evolução do direito e as suas sucessivas transformações, tendo em vista as causas dela e as relações recíprocas entre estas; mais raro, é, ao contrário, o estudo da técnica através da qual um instituto jurídico vai-se transformado, independentemente de uma mudança legislativa.

Todavia, essa transformação é contínua, dir-se-ia quase cotidiana, e o direito continuamente evolui e se transforma, sob a pressão de novas exigências, em relação a novas concepções da vida social.

Um dos fatores dessa contínua transformação é constituído pela prática contratual.

A ordem jurídica oferece, com o seu sistema contratual, uma série de esquemas. Estes, em substância, respondem a necessidades econômicas típicas e, dir-se-ia, médias; no caso concreto, devem ser adaptadas às necessidades do caso individual, e essa é a tarefa da prática contratual.

Pouco importa que o contrato seja obra das próprias partes ou tenha sido formulado por seus consultores jurídicos; os leigos contribuem, muito mais do que supõem, para o desenvolvimento do direito.

---

evolução sancionada pelo legislador: cf., no Brasil, Decreto nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, sobre o reconhecimento, depois do desquite, de filhos havidos pelo cônjuge fora do matrimônio), ou foi facilitando a possibilidade de anular o matrimônio, alcançando, por isso, quer no primeiro, quer no segundo caso, um abrandamento da proibição do divórcio.

É precisamente essa prática contratual que, ao elaborar os esquemas oferecidos pelo legislador, dá lugar, às vezes, ao fenômeno para o qual me permiti chamar a atenção nas páginas precedentes. Constitui, esse, às vezes, um momento de passagem na transformação histórica de um instituto jurídico, sendo, então, uma das vias através das quais a prática contratual logra satisfazer novas exigências e, assim, cooperar para o desenvolvimento do direito.

## 27. Cláusulas de direito substancial e problemas processuais

O leitor há de me perdoar, se a referência feita à investigação sobre “dinâmica” jurídica, induz-me a chamar-lhe a atenção para uma outra sede de problemas, diversos dos examinados nas páginas anteriores, mas que, como esses, podem ser objeto de um estudo destinado a revelar os meios através dos quais um sistema jurídico se desenvolve, independentemente da intervenção do legislador.

Seja-me permitido recordar que queremos chamar a atenção, nestas páginas, não tanto para o fato – inegável e por todos reconhecido! – do desenvolvimento de um sistema jurídico independentemente da intervenção do legislador – através da função criadora historicamente exercida pela jurisprudência e, em geral, pela interpretação, pela praxe, pela própria diversidade de significado que acabam por assumir as normas legislativas diante de novas situações econômicas e sociais –, mas para os instrumentos técnicos, ou, se se quiser, “os artificios”, através dos quais esse desenvolvimento, às vezes, se realiza.

Nas páginas precedentes, ocupei-me de um desses instrumentos – o negócio indireto – que respeita à praxe contratual.

Mas, como observei, talvez não seja difícil descobrir outros grupos de fenômenos, embora diversos do anteriormente examinado, que também possam dar lugar a considerações de “dinâmica” jurídica.

Assim, por exemplo, e ficando no domínio da praxe contratual, são freqüentes, em todos os direitos, cláusulas negociais que traem a reação das partes diante das insuficiências do processo.

A cláusula internacionalmente talvez mais conhecida é a do *affidavit* no direito marítimo, à qual corresponde, na prática italiana de muitos contratos, a chamada cláusula contratual do *solue et repete*: o comprador (locador, destinatário do transporte etc.) não pode agir por mau adimplemento<sup>403</sup>, senão *depois* de ter pago o preço da mercadoria (o aluguel, o preço do transporte etc.).

Bem se vê que a cláusula trai a desconfiança das partes – e mais precisamente do credor – quanto à possibilidade de, recorrendo à disciplina processual vigente, impedir fácil e prontamente as chicanas do devedor. Sói-se concluir que a cláusula só será válida quando, para consecução do seu objetivo, disciplinar exclusivamente o direito substantivo<sup>404</sup>, ao passo que seria nula se regulasse diretamente o processo<sup>405</sup>.

403. Cf. o meu comentário no *Foro Italiano*, 1929, I, 290. Realmente a cláusula seria de qualquer forma nula ao subordinar ao prévio pagamento do preço mesmo a ação por vícios do contrato ou por inadimplemento absoluto; no mesmo sentido, cf., na doutrina sul-americana, Moretti, *Revista Forense*, vol. XCVIII, p. 550, que, igualmente, acha ser, a cláusula, válida, mas nos limites acima indicados. A exata delimitação do alcance que, de qualquer forma, é peculiar à cláusula, à vista dos princípios gerais do direito substancial, evita muitas das discussões travadas a respeito da doutrina. Esclarecido o alcance da cláusula, resulta, por exemplo, claro, não poder, esta, de qualquer forma, alcançar os resultados que decorreriam da existência de um direito abstrato ou de uma convenção de exoneração de qualquer responsabilidade; não pode, portanto, a invalidade da cláusula decorrer da impossibilidade, pelas partes, de criar direitos abstratos ou da ilicitude de uma convenção de exoneração de qualquer responsabilidade.

404. Subordinando ao prévio pagamento do preço, o direito à resolução do contrato e aos danos por mau adimplemento, assim como a cláusula de pagamento antecipado do preço subordina ao prévio pagamento dele o direito à entrega da mercadoria.

405. Se ela constituísse, por exemplo, uma espécie de "condenação com reserva" (tal a tese de Liebman abaixo cit.), que não poderia assentar na autonomia contratual. Sobre a possibilidade, em tese, de ambas as construções indicadas no texto, cf. Cristofolini, em *Annali Pavia*, 1936.

A doutrina dominante e toda a jurisprudência<sup>406</sup> têm afirmado a legitimidade da cláusula, entendendo disciplinar, ela, o direito substantivo<sup>407</sup>.

Muito freqüentes, no direito marítimo, são as cláusulas que parecem ter em vista uma inversão do ônus da prova, obrigando, por exemplo, o destinatário a provar que determinado sinistro se deu por culpa do capitão, quando, por lei, seria o capitão quem

406. Cf. o meu comentário cit. no *Foro Italiano*, 1929 (onde se vê a bibliografia anterior); e os meus estudos na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, I, 419 e I, 705; os comentários de Greco, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, 142 e de Brunetti na *Rivista di Diritto Commerciale* 1932 (em polêmica com Liebman, que sustentou, ao contrário, a tese da nulidade na *Rivista di Diritto Processuale*, 1931, II, 241); os estudos de Carnelutti na *Rivista di Diritto Processuale*, 1936; de Allorio, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1937, II, 330. Quanto à cláusula do *affidavit* no direito marítimo é comumente admitido na jurisprudência internacional, ser, ela, válida.

407. Surge afinal um problema que, usando a terminologia do direito intercional privado, chamarei de "qualificação", vale dizer é preciso examinar se o instituto em questão é de direito substancial ou de direito processual e se, portanto, está submetido aos princípios gerais do direito substancial ou aos do direito processual. A respeito pode-se lembrar também a discussão sobre o direito de retenção que, sói ser, hoje, colocado no direito processual (e não no substancial), encarado como um caso excepcional de defesa privada; a sobre a hipótese do art. 68 do Código Comercial italiano, encarada, ao contrário, como um caso particular de resolução de contrato e não como um caso de execução. Cf., quanto à retenção, Betti, *Diritto Processuale*; quanto à compra por autoridade do credor, o meu comentário em *Foro Italiano*, 1932, 93, e Gorla, *La Compra Vendita (Trattato di Diritto Civile*, vol. VII, p. 1), p. 202; contra, Pugliatti, *Esecuzione Forzata e Diritto Sostanziale*, Milão, 1935, p. 204. O problema da "qualificação" de um instituto, no direito processual ou no direito substantivo, constitui hoje, aliás, freqüentemente, objeto de discussão quanto a vários institutos jurídicos. Discute-se, assim, a respeito dos títulos de crédito e da cambial, encarados por Carnelutti quais institutos de direito processual (cf. quanto à crítica desta tese a minha *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1943, p. 73); da hipoteca, encarada, ela também, por muitos autores, como um instituto de direito processual e não como um direito real de garantia e assim por diante. Há, às vezes, na doutrina moderna, uma tendência que poder-se-ia, talvez, qualificar de "pan-processualista".

deveria provar que o sinistro foi devido a força maior, para eximir-se de responsabilidade.

A teoria processual moderna entende serem nulas as cláusulas que regulam, diversamente da ordem legal, a distribuição do ônus da prova; portanto, essas cláusulas são nulas ou válidas, conforme regulem diretamente a distribuição do ônus probatório ou, ao contrário, a acarretem, indiretamente, como consequência da peculiar disciplina convencionalmente ditada quanto à responsabilidade contratual, embora seja, afinal, a consequência processual aquela que teve influência dominante na vontade consensual das partes<sup>408</sup>.

408. O problema do texto respeita às cláusulas (por exemplo, a chamada *insurance clause*) que não se prendem diretamente a uma regulamentação da culpa contratual ou a uma exoneração de responsabilidade culposa, mas visam diretamente a um determinado risco (por exemplo, incêndio, ou, geralmente, riscos seguráveis etc.) e exoneram o capitão da responsabilidade dos danos causados a mercadorias pelo sinistro correspondente (cf. meu comentário em *Foro Italiano*, 1936, I, 1.008). Este aspecto, muito frequente nas cláusulas sobre a responsabilidade do capitão, no direito marítimo, merece ser frisado: discute-se, com efeito, às vezes, genericamente, a respeito da invalidez ou validade das cláusulas de responsabilidade no direito marítimo, supondo visem elas, sempre, ao dolo ou à culpa do capitão e esquecendo visarem, ao contrário, com frequência, diretamente, a um determinado risco e não à diligência do capitão. Esta prática das cláusulas é, talvez, uma consequência da influência do direito inglês (e da prática inglesa) nas cláusulas do comércio marítimo, pois no direito inglês não há, em princípio, a exoneração de responsabilidade por caso fortuito (*supervening frustration*) a não ser que a não-verificação deste constituísse uma *implied condition*; neste caso, por sua vez, o conceito de caso fortuito tem um alcance maior do que nos direitos baseados no direito romano (cf. Salmond, *Law of Contracts*, ed. 1927, p. 296). Dado que a cláusula de exoneração se refere a um determinado "risco", levantam-se no processo duas questões distintas: a) a da validade da cláusula em linha geral. Esta validade não pode ser avaliada a não ser tendo em conta as causas "normais" do sinistro. É, pois, ao devedor que incumbe provar a validade da cláusula e, portanto, não ser, por exemplo, a causa "normal" do sinistro, dolo ou culpa grave ou ser, o risco, um risco náutico e não comercial; b) a das causas do sinistro no caso concreto. Embora normalmente consequência do caso fortuito, o sinistro pode, no caso concreto, ser, por exemplo, consequência do dolo. É então ao credor que incumbe esta prova para invalidar a eficácia da cláusula no caso concreto. Esta distinção do ônus

Na prática italiana, é bastante difundida a chamada "arbitragem livre". As partes conferem então (eventualmente através da entrega de uma folha já assinada em branco) a um ou mais fiduciários comuns a tarefa de resolver sua controvérsia; esses fiduciários não são obrigados a proceder segundo as regras da arbitragem; a sua decisão não tem, por sua vez, o valor de um laudo (não podendo, por isso, ser executória), mas vale como um contrato diretamente concluído pelas partes.

Também a validade dessa praxe depende da possibilidade de considerar esses fiduciários, no terreno do direito substancial, ou seja, como "arbitradores", e não como verdadeiros árbitros<sup>409</sup>.

probatório é a consequência do princípio (Chiovenda, *Istituzioni*, vol. II, p. 336) que a cada parte incumbe o ônus de provar os fatos "constitutivos" do seu direito, ao passo que à parte adversa incumbe o ônus de provar os fatos impeditivos, ou seja, os fatos que impedem uma consequência jurídica que "normalmente" se teria verificado. A jurisprudência italiana acolheu justamente estes princípios com referência ao ônus da prova nas cláusulas de exoneração que visam diretamente a um risco. (Casati, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1937, I, 49). A particular regulamentação do ônus da prova é, portanto, uma consequência do fato de ter sido convenionada a exoneração da responsabilidade com referência ao risco; não de uma convenção visando, diretamente, ao ônus probatório. Se, realmente, a cláusula visasse diretamente à exoneração por culpa, o ônus da prova seria, por seu turno, diferente, pois, então, ao devedor é que incumbiria a prova de ter sido, o sinistro, consequência de culpa leve ou de caso fortuito. Cf. Chiovenda, *Istituzioni*, vol. I, p. 69. É desnecessário voltar a lembrar a observação comum de que, com frequência, regras ou convenções que parecem visar à prova ou ao ônus da prova, respeitam, ao contrário, a responsabilidade no domínio do direito substancial. Um agudo desenvolvimento desta observação pode-se ler nas páginas de Holmes, *Common Law*, edição Boston, 1938, pp.120 ss.

409. A jurisprudência italiana é unânime no sentido da validade, considerando que também uma controvérsia "jurídica" (ou seja, resolúvel, em tese, pelo juiz ou pelo árbitro) pode, pelas partes, ser considerada como controvérsia "econômica" e, portanto, resolvida pelo consentimento contratual das partes ou por arbitradores. A solução será uma solução contratual, cuja eficácia é a peculiar dos contratos e não a peculiar do laudo arbitral. É essa a tese dominante entre os civilistas, enquanto, entre os processualistas, prevalece a tese oposta, sendo, todavia, favorável à validade Chiovenda, *Istituzioni*, nº 25. Cf. o meu estudo na *Rivista di Diritto Processuale*, 1929, I, 308. V. também Ferrara Santamaria, *La Giustizia Privata*, Nápoles, 1938.

Neste, como em outros casos, não é difícil descobrir a tentativa das partes de remediar os que lhes parecem inconvenientes do processo.

O meio técnico usado – não importa aqui saber se com êxito ou sem êxito; quando beneficentemente e quando maleficamente – foi o de resolver um problema de direito processual disciplinando as premissas de direito substancial, para poder assim invocar o princípio da autonomia privada, que é, ao contrário, reconhecido apenas entre limites restritos, no campo processual.

## 28. História do direito e direitos especiais

Fora do âmbito da prática contratual pode, talvez, a consideração dos fenômenos jurídicos sob o ponto de vista acima lembrado, não ser inútil na disputada questão da “especialidade” que sói ser, hoje em dia<sup>410</sup>, invocada com freqüência a favor desta ou daquela disciplina jurídica.

Cumprido, parece-me, distinguir: o fato de ter, a disciplina de uma determinada matéria um cunho “sistemático”, características próprias, com regras gerais próprias<sup>411</sup> ou de utilizar, com um alcance diverso do que não lhe seja próprio em outras disciplinas, determinados conceitos<sup>412</sup>; e o problema da elaboração, num âmbito

410. Esta orientação atual se prende, parece-me, à tendência a substituir, nas classificações jurídicas, classificações “finalistas”, assentes nos fins perseguidos pelas normas, às classificações “categoriais” ou “estruturais”, assentes nas características formais das normas. (Cf. a respeito desta distinção Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. port., São Paulo, 1940, p. 170.) Desta orientação decorre a tendência a encarar quais disciplinas autônomas e conjuntos de normas de direito privado e de direito público, que respeitem ao mesmo objeto. Cf. Radbruch, *cit* p. 183. Essa orientação, por seu turno, se prende ao aumento da intervenção pública na economia.

411. Embora seja natural, nunca se deve esquecer a unidade do sistema jurídico no seu conjunto e a importância que, até quanto às matérias cujo particularismo é mais acentuado, conservam os princípios gerais.

412. O caso ocorre, hoje em dia, até no direito fiscal. Cf. Vannoni, *Natura e Interpretazione delle Leggi Tributarie*, Padova, 1932, p. 129; Quarta, *Commenta alla Legge Sullimposta di Ricchezza Mobile*, 2ª ed., vol. I,

determinado, de conceitos, em tese, aplicáveis em um âmbito geral, ou seja, do contraste histórico, entre conceitos “tradicionais” e “novos” conceitos, que, no desenvolvimento sucessivo, às vezes encontram aplicação sempre mais vasta em todo o âmbito do direito<sup>413</sup>.

Às vezes, a “especialidade ou autonomia” (no segundo sentido acima especificado) apresenta-se em relação ao particularismo

p. 40. Não me parece diverso o sentido do princípio, comumente afirmado, de visar a lei fiscal à substância econômica do ato, independentemente de sua forma jurídica. Tal afirmação, parece-me, não pode ser entendida num sentido rigorosamente literal, pois qualquer lei, sempre e inevitavelmente, assenta em conceitos jurídicos. Significa, sim, poderem, os conceitos de direito fiscal ser às vezes diversos daqueles do direito privado, abrangendo, às vezes num único conceito atos que, ao contrário, no direito privado são encarados como distintos. Não poderia ser diferente, à vista do próprio fim das normas tributárias; tal fim, diverso daquele privado, sói, afinal, visarem, à substância econômica do ato. Analogamente decorre da própria característica das normas fiscais a consequência de poderem ser tributáveis também os negócios ilícitos. Com efeito, a nulidade do negócio ilícito respeita aos efeitos negociais visados pelas partes; não exclui, entretanto, a sua relevância qual fato produtivo de consequências jurídicas (aos fins do ressarcimento do dano; aos fins penais); não exclui, portanto, sempre e necessariamente, sua tributabilidade. Inversamente, da tributação de um ato não decorre, necessariamente, a sua liceidade.

413. Tal aconteceu quanto ao direito comercial, que por isso não pode, a meu ver, ser encarado apenas em correspondência ao particularismo de uma determinada matéria; deve, ao contrário, ser considerado como categoria “histórica”. A formação e a história do direito comercial desde o século XII e a progressiva “comercialização” do direito das obrigações; a aproximação e, às vezes, a fusão do direito comercial e do direito das obrigações constituem um exemplo de um fenômeno geral e quase constante na história jurídica: o da formação, no âmbito de um sistema jurídico, como que de duas ordens de normas, inspiradas em princípios gerais diversos e, todos, em tese, aplicáveis num âmbito geral; os princípios do direito tradicional e os de um direito “novo” que, no desenvolvimento posterior, acabam por influenciar o direito geral até fundir-se com este, preenchida que seja a sua tarefa. Assim, foram-se elaborando no direito comercial princípios e institutos (exemplificadamente: a disciplina da representação; a conclusão de contratos entre ausentes; o seguro; os títulos de crédito; as sociedades anônimas) que, sucessivamente, encontraram aplicação em todo o direito, chegando até, alguns, a serem disciplinados no direito civil.

de uma determinada matéria<sup>414</sup>, o que explica a conexão entre os dois problemas; às vezes, no entanto, ela se apresenta até independentemente de uma distinção quanto à matéria regulada<sup>415</sup>.

Geralmente, a disciplina jurídica que se vem, então elaborando, tem um cunho assistemático<sup>416</sup>, que contrasta com o caráter sistemático, ao contrário, às vezes, peculiar à disciplina de uma matéria particular<sup>417</sup>.

Cumpra, portanto, sempre manter a distinção entre os dois problemas acima mencionados, tratando-se de problemas diversos e que respeitam a um diverso ponto de vista no estudo do direito, embora, possam, eles, apresentarem-se juntos quanto a um determinado ramo do direito, ou até serem indicados por meio de uma terminologia única<sup>418</sup>.

\* \* \*

Eis por que, em todo o campo do direito, podemos procurar individuar os caminhos através dos quais um sistema jurídico se desenvolve para responder a novas exigências, e os expedientes técnicos a que recorrem, para este fim, a interpretação jurisprudencial e a praxe contratual.

414. Tal o caso quanto ao direito comercial.

415. Tal o caso quanto ao *jus honorarium* romano e à *equity* inglesa, que, também, representaram, historicamente, "novos" princípios em contraste com os do direito tradicional, com o qual, influenciado e modificando-o, acabaram por se unificar.

416. Como aconteceu justamente quanto ao *jus honorarium* e quanto à *equity*. Por seu turno, também o direito comercial apresenta-se com um cunho assistemático. Entre as normas do direito comercial, apesar de constituir, ele, no conjunto, um direito especial, é possível distinguir normas excepcionais e normas que, ao contrário, podem ser consideradas de direito comum, o que deverá ser levado em conta na interpretação.

417. Sendo que, então, é justamente este cunho sistemático o argumento que sói ser invocado a favor da autonomia.

418. Descuido de aduzir a bibliografia sobre o problema da "autonomia" que, à vista do seu caráter geral, é geralmente conhecida e vastíssima, podendo facilmente o próprio leitor identificar as analogias e as diferenças do ponto de vista do texto e daquele dos doutos autores que pesquisaram o argumento.

Precisamente a essa ordem de investigações é que me permito chamar de "dinâmica" jurídica, — investigações que têm um caráter histórico e sociológico, mas que, todavia, devem, talvez, por sua natureza, ser realizadas levando em conta o seu aspecto técnico-jurídico.

### III

#### As Dívidas de Valor

##### 1. A mudança do poder aquisitivo da moeda

O jurista e o legislador, à semelhança do *man in the street*, não raro e necessariamente "prescindem" da hipótese de uma mudança no poder de aquisição da moeda. Apesar das oscilações — não raras e, às vezes, trágicas — havidas em todas as épocas históricas<sup>419</sup>, a "ilusão" da permanente estabilidade do poder aquisitivo da moeda — como a chamou Irving Fisher — persiste. Na interpretação de uma norma jurídica, na construção de um instituto jurídico — especialmente no período anterior às trágicas experiências destes últimos decênios —, evita-se, em geral, considerar que, historicamente, é, infelizmente, móvel justamente a medida dos valores, apesar do universal desejo e da clara necessidade, de ser, ela, fixa. Esse modo de agir responde, aliás, a fundadas e inegáveis exigências de simplicidade.

Assim, ao ocorrer a hipótese de mudança no poder de aquisição da moeda, é natural surjam novos problemas jurídicos e os vários institutos revelem características que, caso contrário, ficariam na sombra. Objeto das páginas seguintes é justamente examinar, com maior precisão, qual seja o objeto do débito em alguns casos e ventilar alguns dos problemas que, conseqüentemente, se apresentam à vista da hipótese de oscilações monetárias.

419. É inútil lembrar que o fenômeno da mudança do poder aquisitivo da moeda não é próprio somente da moeda-papel, mas também da metálica.