

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE SIMULAÇÃO E ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Isabella Poidomani¹

bellapoidomani@hotmail.com

Marcelo Bloizi Iglesias²

marcelobiglesias@hotmail.com

RESUMO: O trabalho apresentado pretende analisar os institutos da simulação e do abuso de direito no Código Civil de 2002 como limitadores da autonomia privada dos sujeitos em diversos ramos do Direito, a exemplo da área Cível, Empresarial ou Tributária, que concedem aos sujeitos espaço para esta atuação. A análise proposta apresenta principalmente estes instrumentos e os efeitos práticos decorrentes da sua configuração, como a nulidade do negócio jurídico, a necessidade de indenização da parte lesada ou ainda o retorno ao estado anterior. Assim, ambos os institutos deverão ser estudados enquanto ilícitos civis, de modo que se limita à constatação de consequências no âmbito civil, posto que não será objeto desta pesquisa o estudo das sanções penais. A pesquisa proposta, na vertente jurídico-dogmática, é teórica e pretende realizar um estudo dos institutos acima mencionados, em confronto com os princípios constitucionais que regem a ordem jurídica brasileira. Pretende-se observar, então, quais os efeitos práticos decorrentes destas situações.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso de direito; Negócio jurídico; Simulação.

ABSTRACT: The present work analyzes the institutes of simulation and abuse of law in the Civil Code of 2002 as limiting the private autonomy of the subjects in several branches of Law, such as the Civil, Corporate or Tax area. The proposed analysis mainly presents these instruments and the practical effects deriving from their configuration, such as the nullity of the legal transaction, the need for indemnification of the injured party or the return to the previous state. Thus, both institutes should be studied as civil unlawful, so that it is limited to the finding of consequences in the civil sphere, since the study of criminal sanctions will not be the object of this research. The proposed research, on the legal-dogmatic side, is theoretical and intends to carry out a study of the abovementioned institutes, in comparison with the constitutional principles that govern the Brazilian legal order. It is intended to observe, then, the practical effects resulting from these situations.

KEYWORDS: Abuse of rights; Contract; Simulation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

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

2.1. CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A SIMULAÇÃO

2.2. O REGIME DA SIMULAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.2.1. Regras gerais sobre a simulação

2.2.2. A prova da simulação

2.2.3. Os efeitos da simulação em relação ao terceiro de boa-fé

3. O ABUSO DE DIREITO

3.1. ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.2. DISTINÇÃO ENTRE ABUSO DE DIREITO E SIMULAÇÃO

4. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE SIMULAÇÃO E ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

1. INTRODUÇÃO

No contexto do ordenamento brasileiro contemporâneo, os negócios jurídicos viabilizam a concretização da autonomia privada, por meio dos quais os sujeitos podem organizar seu patrimônio e estabelecer relações jurídicas. Entretanto, esta expressão da autonomia privada encontra algumas barreiras na legislação, de modo que sejam observados os princípios que compõem o ordenamento jurídico, bem como resguardar interesses das partes e de terceiros.

As causas de nulidade ou anulação dos negócios jurídicos seriam alguns destes mecanismos de limitação da autonomia privada, posto que os indivíduos não podem simplesmente agir conforme interesse próprio sem observar o seu entorno. O abuso de direito é também um dos instrumentos posto no Código Civil que visa limitar a atuação dos sujeitos.

Diante disso, esta pesquisa propõe-se a comparar a simulação dos negócios jurídicos e o abuso de direito, de modo a analisar as hipóteses de aplicação, os efeitos decorrentes de cada um destes e os seus pontos de encontro.

Quanto à metodologia do trabalho, a pesquisa é proposta na vertente jurídico-dogmática, tendo em vista a opção pela avaliação e análise das estruturas interiores do próprio Direito. A linha adotada será a crítico-metodológica, que partirá da compreensão de determinadas legislações pátrias bem como das construções doutrinárias acerca dos institutos estudados. O tipo de raciocínio adotado neste projeto de pesquisa será o dedutivo. Será utilizada a técnica bibliográfica, com consulta à legislação e doutrina.

Este artigo apresenta em sua estrutura dois capítulos de desenvolvimento do conteúdo, para que seja possível atingir os objetivos propostos.

O primeiro capítulo apresenta o conceito de simulação, com uma breve comparação entre os regimes do Código Civil de 1916 e o vigente de 2002. São expostas as suas classificações, efeitos práticos, meios de prova e, por fim, os efeitos da configuração da simulação em relação ao terceiro de boa-fé.

O segundo capítulo do desenvolvimento passa a expor o conceito de abuso de direito e a forma como está inserido no Código Civil de 2002. São apresentadas algumas das possíveis consequências a partir da sua constatação e, por fim, é analisado em comparação com o conceito de simulação já estudado.

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

O presente tópico pretende demonstrar a atual teoria acerca da nulidade absoluta dos negócios jurídicos por simulação, conforme o regramento disposto no Código Civil de 2002. Para tanto, apresenta-se qual o conceito atribuído pela doutrina à simulação. Em seguida, passa-se à verificação do seu regime na Lei Civil pátria, com uma breve análise daquele posto em 1916, para que depois se aprofunde nas especificidades do Código Civil de 2002, em especial quanto à sua atual conformação, suas modalidades, efeitos e proteção ao terceiro de boa-fé.

2.1 CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A SIMULAÇÃO

O conceito doutrinário de simulação é construído de formas diversas, através de algumas teorias, as quais se aproximam daquelas teorias desenvolvidas sobre a vontade³. Passam a ser apresentadas as teorias tradicionais, bem como algumas construções doutrinárias mais recentes, para que, ao fim, seja possível vislumbrar o que há de comum entre elas e melhor compreender o instituto jurídico da simulação.

A primeira teoria é aquela adotada pelos doutrinadores voluntaristas, que defendem ser a simulação um conflito entre vontade e declaração. Haveria, portanto, uma deliberada divergência entre o que é querido pelas partes e o que fora objeto de declaração. Conforme esta corrente doutrinária, a simulação seria um vício social dos negócios jurídicos⁴.

Em sentido oposto a antecedente, está a teoria da declaração, através da qual se depreende que a simulação seria o conflito entre declarações. Este seguimento doutrinário conclui que a configuração da simulação necessita da instauração de duas

³ Elas são a teoria da vontade real, a teoria da declaração, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, tendo sido esta última adotada pelo Código Civil de 2002.

⁴ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 37-39.

instâncias, de dois atos distintos, que seriam o ato ostensivo e o ato oculto⁵. Conclui-se que a divergência seria entre atos, e não apenas entre vontades.

A última teoria tradicional seria aquela atrelada à concepção objetivista do negócio jurídico. A simulação apareceria como um defeito funcional do negócio jurídico e, por meio dela, estaria ocorrendo um abuso da função instrumental do negócio jurídico. Desse modo, a simulação conformaria uma “instância de ausência de pretensão de validade”, de modo que o acordo simulatório seria formulado com o objetivo de aniquilar a causa do negócio jurídico simulado⁶.

Luiz Carlos de Andrade Júnior formula crítica diante de todas essas teorias e sugere uma nova compreensão, sem, contudo, deixar de reconhecer a importância das demais construções doutrinárias, aproveitando-se de algumas das suas conclusões. O referido autor propõe a visualização da simulação como a criação da ilusão negocial, ao negar que não haveria uma real vontade no ato simulatório. O autor conclui que a simulação “consiste no programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”⁷.

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

Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o conceito de simulação vem da concepção de que “*Simular* vem de *simul*, advérbio, com o sentido de fingir ser, ou de se aparentar o que não se é”⁸. O mencionado autor ressalta que haveria uma divergência entre a volição e a exteriorização⁹. Esta compreensão estaria mais arraigada à teoria da vontade.

Marcos Bernardes de Mello conceitua que simular significar mentir ou fingir algo que não é real¹⁰. Os seus elementos essenciais seriam a existência de um ato

⁵ Ibidem. p. 41-42.

⁶ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 44-45.

⁷ Ibidem. p. 83.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 4, p. 439, grifo do autor.

⁹ Ibidem. p. 442.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

conscientemente inverídico, a partir da intenção dos participantes, bem como a consciência sobre a simulação por todos os figurantes. Quanto a este último aspecto, o autor ressalva que aquele figurante que não sabia da simulação sofreu dolo por parte dos demais¹¹.

Itamar Gaino leciona que “a simulação é o fenômeno da aparência contratual criada intencionalmente”¹². A partir desta compreensão, nota-se que deve haver o fingimento acerca do negócio que está sendo apresentado a terceiros, bem como deve estar configurado o elemento subjetivo da intencionalidade. Quem simula sabe que está simulando e o faz por motivos próprios.

Conforme lições de Orlando Gomes, “para haver *simulação*, é necessário o *acordo simulatório*. É tal acordo que possibilita compreender a distinção entre a simulação e a *reserva mental*”¹³. No caso da simulação, todos os participantes acordam em simular a sua real intenção, para exteriorizar uma diversa daquela que pretendem efetivar, inventada para fingir aquele negócio jurídico simulado. Não escondem entre si qual a vontade real.

O acordo simulatório, em síntese, seria um ato preparatório da própria simulação, em que as partes conjugam as suas vontades de aparentarem firmar negócio jurídico distinto do seu real querer. Os seus participantes são, portanto, as mesmas partes da simulação¹⁴.

Douglas Yamashita estuda a aplicação de institutos de direito civil no direito tributário¹⁵, e neste sentido ele analisa três espécies de simulação, são elas: relativa, absoluta e por interposição. A primeira delas, o negócio jurídico aparenta ter uma natureza não condizente com a realidade fática. A segunda espécie trata do negócio que aparenta existência, uma vez que as partes não buscam qualquer efeito com a sua celebração. A última espécie é aquela em que a pessoa que figura no negócio jurídico não é aquela que faticamente é a que integra o contrato, ou seja, o negócio jurídico é real, mas a(s) parte(s) não são aquelas que aparentam.

¹¹ Ibidem. p. 116.

¹² GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

¹³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 331, grifo do autor.

¹⁴ GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

¹⁵ YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos: limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei**. São Paulo: Lex Editora: 2005, p. 299 a 305.

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

2.2 O REGIME DA SIMULAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico no ordenamento jurídico pátrio. Considera-se que houve uma manifestação de vontade e, por isso, o ato jurídico existe, posto que devidamente preenchido o seu suporte fático, vindo a ingressar no mundo jurídico, mas sem ser perfeito. Contudo, observa-se que as Leis Civis pátrias de 1916 e 2002 conferiram diferentes tratamentos à simulação.

2.2.1 Regras gerais sobre a simulação

Na vigência do Código Civil de 1916, a simulação seria um defeito do negócio jurídico, classificado como vício social¹⁶, que ensejaria a sua anulabilidade. Haveria simulação em relação a: o objeto ou a matéria da contratação, a própria pessoa, a categoria jurídica do ato, as modalidades, o tempo, a quantidade, o fato e, por fim, o próprio lugar do negócio jurídico¹⁷. Tais situações estavam dispostas no artigo 102, do Código Civil de 1916¹⁸.

Este diploma legal propunha a distinção entre simulação inocente e maliciosa. Assim, o ato jurídico deveria ser atacado no plano da validade, sempre que se constatasse prejuízos a terceiros ou violação da lei, de acordo com a redação do seu artigo 103, *litteris*: “A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”.

Verifica-se que o conceito de simulação não sofreu transformações com a mudança entre o Código Civil de 1916 e o de 2002. As alterações ocorreram no âmbito

¹⁶ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 298.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, v. 4, p. 442.

¹⁸ “Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral: I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas das a quem realmente se conferem, ou transmitem. II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira. III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou posdatados.” Cf. BRASIL, 1916.

do tratamento que lhe é conferido e respectivos efeitos jurídicos. A Lei Civil de 2002 passa a adotar o mesmo modelo italiano¹⁹ e português²⁰ no que tange às regras da simulação, ou seja, a simulação passa a ser causa de nulidade absoluta dos negócios jurídicos²¹.

Portanto, com a vigência da Lei Civil de 2002, o negócio jurídico simulado no Brasil passa a ser nulo. Nesta senda, verifica-se que não há mais a exigência de haver intenção de prejudicar terceiros ou intenção de violar lei expressa²². Este aspecto subjetivo foi suprimido do regramento da simulação e não é mais necessário detectá-lo para a sua configuração.

Antônio Barreto Menezes Cordeiro ressalta em sua obra o novo tratamento conferido à simulação a partir do Código Civil de 2002, ao mencionar que, com a revogação daquele de 1916, “as duas ‘excentricidades’ acima apontadas – circunscrição à simulação fraudulenta e ligação à fraude à lei – foram abandonadas”²³.

É o que Itamar Gaino destaca ser a reclassificação da simulação, em que os defeitos do negócio jurídico são causas de anulabilidade neste Código Civil, enquanto que aquela será motivo de nulidade absoluta²⁴. Desse modo, conclui-se que a Lei Civil de 2002 passa a reconhecer a gravidade que há no ato de simular por si só. A afronta ao ordenamento jurídico está neste conluio das partes em simularem uma situação aparente e falsa. Por isso, não há mais a necessidade de classificá-la como nocente ou inocente.

Apesar de ser causa de nulidade do negócio jurídico, Orlando Gomes ressalva que a simulação não teria um fim ilícito. Leciona, então, que as partes podem ou não estar

¹⁹ O Código Civil italiano prescreve, em seu artigo 1.414, que “Il contratto simulato non produce effetto tra le parti” (o contrato simulado não produz efeito entre as partes). Cf. CODICE civile. In: **La legge per tutti: informazione e consulenza legale**. Atualizado em: 16 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.laleggepertutti.it/codice-civile/art-1414-codice-civile-effetti-della-simulazione-tra-le-parti>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

²⁰ Neste mesmo sentido, a Lei Civil portuguesa determina, através do seu artigo 240, que “1. Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado. 2. **O negócio simulado é nulo**”. Cf. PORTUGAL. **Código civil: legislação complementar, jurisprudência**. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: INCM, 2016, grifo nosso.

²¹ GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

²² Ibidem, p. 39.

²³ CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. **Da simulação no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2014, p. 40.

²⁴ GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

firmando aquele negócio com a finalidade de executar um ato contrário à lei, mas tal característica não seria intrínseca à simulação²⁵.

Contudo, neste estudo, adota-se a compreensão de Marcos Bernardes de Mello, já apresentada, ao destacar que a nulidade do ato é efeito e sanção da própria ilicitude. Ilícito é tudo aquilo que seja contrário ou repulsado pelo ordenamento jurídico, e não apenas o ilegal. Esta ilicitude, segundo o referido autor, está atrelada à deficiência de algum dos elementos nucleares do suporte fático, de modo que “o sistema jurídico o tem como *ilícito*”²⁶.

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

Caio Mário Pereira da Silva assim explicita que não há na simulação qualquer dos vícios na manifestação da vontade, como ocorre com os defeitos dos negócios jurídicos, “mas há um vício grave no ato, positivado na desconformidade entre a declaração de vontade e a ordem legal, em relação ao resultado daquela ou em razão da técnica de sua realização”²⁷.

Francisco Amaral delimita o conceito de simulação, reconhecendo-a como “uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Não é vício de vontade, pois não atinge a sua formação”²⁸.

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

²⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 332.

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 636.

²⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 564.

provas para tanto. Neste caso, não cabe às partes a tentativa de suprir esta nulidade, em atenção ao parágrafo único do citado artigo.

Para se verificar qual o tratamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça na mudança de regras quanto à simulação, foi necessário proceder-se com a pesquisa dos acórdãos vinculados ao artigo 167, do Código Civil de 2002. Dentre aqueles listados como resultados da pesquisa com o filtro indicado, apresenta-se o caso em que se analisou a situação de “sócio presta-nome”, através do julgamento do Recurso Especial nº 776.304-MG³³.

A análise do acórdão permitiu verificar de que forma esta Corte tem solucionado a questão dos negócios jurídicos celebrados na vigência do Código Civil de 1916, mas cujas relações jurídicas se prorrogam no tempo e, conseqüentemente, atingiram a vigência do Código Civil de 2002. Em tais situações, a solução seria reconhecer a nulidade absoluta do ato jurídico, nos seguintes termos, “uma vez que os efeitos do negócio se estenderam após entrada em vigor do novo Código, consoante regra do art. 2035, CC/02, esta novel lei é plenamente aplicável”³⁴.

2.2.2 A prova da simulação

A esta altura, cabe então investigar de que forma se prova a simulação. Parte-se da compreensão de que provar uma simulação não seja tarefa simples, haja vista que aquele que pretende fingir algo não iria deixar provas concretas tão evidentes da sua simulação, pois não é a sua intenção ser reconhecida a nulidade daquilo que elaborou. Sabe-se que o Direito Processual pátrio resguarda o direito das partes de “empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos [...], para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”³⁵. Esta é a regra atualmente posta no artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015.

No caso da simulação, será mais difícil a produção de prova documental contundente, que consiga demonstrar a existência do conluio entre as partes do acordo

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 776.304/MG (2005/0140131-4)**. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 05 de novembro de 2009. Publicado no DJE em: 16/11/2009. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20091116.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 776.304/MG (2005/0140131-4)**, p. 9. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 05 de novembro de 2009. Publicado no DJE em: 16/11/2009. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20091116.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

³⁵ BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

simulatório. Contudo, a dificuldade em se produzir prova da simulação não pode enfraquecer o significado deste instituto do direito material³⁶. É neste sentido que o mesmo diploma legal admite o recurso à prova testemunhal para comprovar a discrepância entre vontade real e vontade declarada, através do seu artigo 446, inciso I. Ocorre que, mesmo a prova testemunhal pode não ser diretamente acessível àquele que queira comprovar o acordo simulatório³⁷. Desse modo, a doutrina pátria tem admitido que a simulação poderá se provar através de prova indiciária.

Caio Mário da Silva Pereira ensina então que “a prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência”³⁸. Orlando Gomes distingue os tipos de provas que os diversos personagens desta relação podem produzir, ao asseverar que “para os terceiros prejudicados, a prova da simulação é livre; para as partes, a do acordo simulatório”³⁹. Marcos Bernardes de Mello também adere ao posicionamento de que a simulação poderá ser provada através de indícios ou evidências⁴⁰.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta, ainda, que a não admissão da prova indiciária nos casos em que a produção da prova direta é difícil implicaria na negativa do direito fundamental do acesso à justiça. Por isso, conclui que ela será imprescindível para tutelar os casos em que houve uma simulação⁴¹.

Vale, portanto, expor o conceito de prova indiciária. No ordenamento jurídico brasileiro, é o artigo 239, do Código de Processo Penal, que traz o conceito de indício como sendo “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”⁴². É um fato que

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Gênesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 6, n. 22, p. 843–849, out./dez. 2001, p. 844.

³⁷ BUENO, Ana Clara Noleto dos Santos. Simulação no Código Civil. **Conteúdo jurídico**, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,simulacao-no-codigo-civil,47369.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 639, grifo nosso.

³⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 332.

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Gênesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 6, n. 22, p. 843–849, out./dez. 2001, p. 847.

⁴² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

interessa ao processo pela sua relação de causa ou efeito com aquele que se pretende provar⁴³.

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apresentam os seguintes exemplos de provas indiciárias, de forma a esclarecer o tema⁴⁴:

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

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

Em acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da apelação nº 2004.71.10.003965-9⁴⁵, a simulação foi reconhecida a partir de indícios. O caso tratava da incorporação por uma sociedade empresária que não tinha lucros e, portanto, acumulava prejuízo fiscal, de uma sociedade de maior porte e que vinha tendo resultados positivos.

O referido órgão colegiado afirmou que este tipo de transação não é vedada ou impossível de ocorrer, mas, no caso posto em juízo, diversos eram os indícios que indicavam a simulação, sendo dissimulada a incorporação da incorporadora simulada pela incorporada. Para tanto, levou-se em consideração o patrimônio líquido de ambas, o prejuízo fiscal acumulado pela incorporadora simulada, os lucros acumulados da correspondente incorporada. A manutenção do nome da dita incorporada, bem como da sua sede e do seu Conselho de Administração, verificando ainda que antes da incorporação a incorporadora teria alienado sua sede e maquinário.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 72.

⁴⁴ Ibidem, p. 72.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.a Região. **Apelação Cível nº 2004.71.10.003965-9-RS**. Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, 2.a Turma. Publicado no DJU de 06/09/2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1254430&hash=0dd6c69b36abc1239526e96f1248a34f>. Acesso em: 23 dez. 2016.

O Superior Tribunal de Justiça manteve o acórdão quanto ao reconhecimento da simulação ao julgar o Recurso Especial nº 946.707-RS⁴⁶. A Suprema Corte reconheceu que haveria o intuito de, a partir da simulação, aproveitar os prejuízos fiscais da incorporadora aparente para a redução da Contribuição Social sobre Lucro Líquido devida pela incorporada simulada, o que não seria possível caso fosse revelado o negócio jurídico dissimulado e que expressava a real intenção das partes.

Não é só o Poder Judiciário que reconhece a simulação em seus julgados. Como no exemplo dado acima, a simulação é vista no âmbito fiscal, cujo contencioso administrativo é uma campo frutífero para observar exemplos como o da utilização de interposta pessoa que figura como parte em negócio jurídico do qual não apresenta capacidade econômica para realizar operação, para triangular um negócio jurídico de compra e venda antes de o objeto do contrato chegar à pessoa que tinha o interesse inicial no negócio⁴⁷.

2.2.3 Os efeitos da simulação em relação ao terceiro de boa-fé

Por fim, outra novidade trazida com o Código Civil de 2002 para o regramento da simulação é a proteção conferida ao terceiro de boa-fé. É importante logo definir que as partes são aquelas que compõem o acordo simulatório, enquanto que terceiro será qualquer pessoa que não seja parte deste negócio simulado⁴⁸.

Resguardam-se os direitos dos terceiros de boa-fé, que não serão prejudicados pela simulação, conforme lhes confere proteção o artigo 167, §2º, da Lei Civil vigente⁴⁹. Com relação a eles, o negócio jurídico simulado será aparentemente considerado existente e válido, produzindo os efeitos específicos em relação a este terceiro. De forma a elucidar a matéria da proteção quanto ao terceiro de boa-fé, é interessante apresentar a situação exemplificativa que Itamar Gaino apresenta⁵⁰:

Se, entretanto, a infidelidade da interposta pessoa for no sentido de alienar o bem a terceiro de boa-fé, ficará complicada a situação para o simulador ou seu herdeiro, pois

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 946.707/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJU em: 31/08/2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=906826&sReg=200700926564&sData=20090831&formato=PDF>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁴⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento tributário**. – 2.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 285.

⁴⁹ “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. [...] § 2o Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”. Cf. BRASIL, 2002.

⁵⁰ GAINO, Itamar. **A simulação dos negócios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

não poderá opor a simulação perante esse terceiro, segundo o art. 167, §2º, do Código Civil. Em razão dessa inoponibilidade da simulação ao terceiro de boa-fé, o primeiro negócio, que, segundo o acordo simulatório, deveria servir apenas de ponte para o negócio verdadeiro, subsiste no mundo jurídico, para dar lastro ao negócio firmado com terceiro. E isso ocorre não porque o testa de ferro tenha a faculdade de dispor, mas porque a lei, por consagrar o princípio da boa-fé objetiva, protege o interesse do terceiro.

A possibilidade de se conferir esta proteção está estritamente relacionada com a teoria da aparência, que tem fundamento no princípio que protege a boa-fé. Orlando Gomes destaca que o ordenamento jurídico deve conferir eficácia a determinadas situações aparentes, pois suscitam uma crença de serem verdadeiras⁵¹. Para ele, a teoria da aparência deve ser suscitada quando terceiros contratam com sociedades nulas, seja qual for o motivo desta sua situação. Ademais, no caso específico da simulação, o autor já mencionava que independentemente de se tratar de simulação absoluta ou relativa, parcial ou total, “os terceiros podem tomar a sociedade como existente e sua boa-fé deve ser protegida”⁵².

Francisco Amaral, em consonância com esta linha de pensamento, ratifica que a proteção conferida ao terceiro de boa-fé que tenham adquirido direitos em face do negócio simulado é decorrente da teoria da aparência⁵³. Luiz Carlos de Andrade Júnior também coaduna com esta corrente. Conclui, assim, que “a tutela dos direitos de terceiros de boa-fé somente pode autorizar a excepcional eficácia da aparência enganadora perpetrada pelos simuladores quando isto venha a poupá-los de um dano injusto”⁵⁴.

Ademais, o referido autor apresenta esclarecimentos sobre eventuais conflitos entre terceiros de boa-fé. Constata que o Código Civil brasileiro optou pela resposta mais simples possível, de modo que havendo interesses de terceiros de boa-fé em sentidos opostos, em que um pleiteia pela nulidade do negócio jurídico e o outro pela sua eficácia, sempre prevalecerá o pedido de reconhecimento da nulidade absoluta do negócio jurídico⁵⁵.

Esta afirmação demanda maiores esclarecimentos. É certo e incontroverso que o negócio simulado é nulo, o que ocorre de pleno direito, de modo que o juiz não poderá suprimir esta nulidade absoluta do negócio jurídico. O que o Código Civil

⁵¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais dos direitos das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 114-115.

⁵² *Ibidem*, p. 126.

⁵³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 570.

⁵⁴ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 294.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 296.

brasileiro propõe é a manutenção da sua aparência para que sejam preservados os direitos dos terceiros de boa-fé, privilegiando assim os princípios que regem a ordem legal de Direito Privado.

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

Neste caso, Luiz Carlos de Andrade Júnior ressalva que o terceiro de boa-fé que não logrou êxito no recurso à teoria da aparência para manutenção do negócio simulado e preservação dos seus direitos não estaria desamparado. Isto porque ele poderá pleitear perante os simuladores a indenização pelos danos que tenha sofrido, pois há responsabilidade civil extracontratual⁵⁶.

3. O ABUSO DE DIREITO

Os efeitos decorrentes do abuso de direito, bem como pela proposta de se delimitar a distinção entre tais situações acima descritas e abarcadas pela Lei Civil pátria e a simulação, justificam o estudo mais aprofundado sobre o abuso de direito. Ademais, o artigo 50 do referido diploma legal faz menção expressa ao abuso da personalidade jurídica, como hipótese para a desconsideração da personalidade jurídica do empresário, situações estas que passam a ser exploradas neste tópico.

3.1 ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O abuso de direito está atualmente posto no Código Civil de 2002, em seu artigo 187, inserido no regramento dos atos ilícitos, e **preceitua que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”**⁵⁷. O abuso de direito pode ser conceituado como o “inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem”⁵⁸.

⁵⁶ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 298.

⁵⁷ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016, grifo nosso.

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

A teoria acerca do abuso de direito está historicamente atrelada à concepção relativista dos direitos⁵⁹. Esta evolução quanto às possíveis formas do exercício do direito surge no momento em que se enfraquece o individualismo, o que viabiliza a limitação da forma de uso do próprio direito subjetivo, ao se compreender que o convívio em sociedade pressupõe limites no agir de cada indivíduo.

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

A corrente subjetiva subdivide-se em intencional, quando é pressuposto o ânimo de causar prejuízo, e técnica, ao se exigir que haja exercício culposo pelo titular do direito. Em ambos os casos, exige-se para a constatação do abuso de direito a intenção de causar dano. Já a corrente objetiva engloba o abuso de direito econômico, quando não houver legítimo interesse por aquele que o exerce, ou teleológico, se não houver exercício do direito conforme a sua original destinação econômica ou social⁶⁰.

O Código Civil de 2002 não comporta na hipótese do abuso de direito a necessária constatação da íntima intenção de causar dano a outrem, pelo que se conclui que foi adotada a teoria objetiva. Neste sentido, é suficiente para a sua configuração a “circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes”⁶¹.

Ressalta Yamashita que não existe abuso de um direito abstrato⁶². Como o artigo 187 do Código Civil é finalista, imprescindível é, portanto, a análise do caso devidamente historicizado para afirmar a ocorrência do abuso de direito, conforme a interpretação dos conceitos em Larenz⁶³.

Na obra de Orlando Gomes, verifica-se que o seu conceito estaria muito mais atrelado a uma construção teórica, tendo em vista que a legislação não admitiu tal tarefa, definindo-o como um “conceito amortecedor” dos choques ocorridos entre a lei e a

⁵⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 100.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 101.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 675.

⁶² YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos** : limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei. São Paulo : Lex Editora: 2005, p. 135.

⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

realidade. Neste sentido, o referido doutrinador esclarecia que abuso de direito é uma “fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social”⁶⁴.

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

O caso clássico e que é recorrentemente citado pela doutrina é denominado por “Caso Bayard”. Neste exemplo, é possível que se vislumbre melhor a explanação ora exposta acerca dos limites, pois envolve o exercício do direito de propriedade pelo seu titular. Houve abuso de direito no momento em que o proprietário de terreno vizinho a uma área de pouso de dirigíveis construiu altas torres, sem qualquer interesse atrelado a elas, causando, por outro lado, risco à referidas aeronaves⁶⁵.

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

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

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

A extensão dada à teoria do abuso de direito tem determinado exageros contra os quais se levanta a voz sensata de eminentes juristas. A sedução que a teoria exerce sobre os

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 101-102.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 102-103.

espíritos, por seu teor moralizante, está conduzindo a extremos condenáveis. Válida, assim, a advertência de o jurista deve precaver-se contra “*as generalizações puramente sentimentais*”, porque “*sob o pretexto da humanização do Direito, não se deve cair no domínio da caridade*”(De Page)⁶⁶.

O cuidado com tais riscos advém das consequências que a configuração do abuso de direito pode acarretar. É comumente admitido que o abuso de direito acarreta na indenização por perdas e danos. Antes da promulgação do Código Civil de 2002, Orlando Gomes ressaltava que o abuso de direito seria equiparado ao ato ilícito em seus efeitos⁶⁷. Com o Código Civil de 2002, conforme já atualizado em sua obra, o abuso de direito passa a ser categoria do ato ilícito, de modo que não há mais dúvidas sobre a aplicação de tais efeitos⁶⁸.

Deve-se apresentar ainda, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, que além da hipótese do artigo 187, da Lei Civil de 2002, há outros dispositivos legais espalhados no ordenamento jurídico pátrio que também preveem o abuso de direito⁶⁹. Menciona o referido autor o antigo artigo 20⁷⁰, da Lei de Falências de 1945, e o artigo 17⁷¹, do Código de Processo Civil de 1973. Acresce-se a estas situações a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50, do Código Civil de 2002.

Apesar disto, a sanção da reparação por perdas e danos muitas vezes não se revela como a mais eficaz ao caso concreto em específico. Orlando Gomes leciona, então, que pode haver situações em que a sanção *in natura* seja mais apropriada, a exemplo da própria destruição de edificação construída e que se revelou excessiva, ou mesmo o reconhecimento da nulidade do ato⁷².

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 103, grifo do autor.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 674.

⁷⁰ “Art. 20. Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.” Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁷¹ “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.” Cf. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁷² GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 103.

Em comparação com o abuso de direito, cumpre que sejam apresentados os requisitos do ato ilícito e algumas considerações sobre este. O artigo 186, do Código Civil de 2002, define que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁷³.

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

O ato ilícito do *caput* do referido dispositivo legal, artigo 186, será então toda ação ou omissão, por culpa do agente, que infrinja norma de Direito Privado e obrigatoriamente cause dano a outrem. É a partir deste dano que advém a responsabilidade civil, como sanção pelo ato ilícito civil⁷⁴.

Verifica-se, então, que as sanções do abuso de direito serão, em regra, aquelas do ato ilícito, mas cabe a análise do caso concreto para defini-las, de forma que se tenha maior efetividade com a resposta dada às partes. Por fim, constata-se que a configuração do abuso de direito tem seus requisitos próprios, os quais foram definidos pela doutrina, e é distinto daqueles previstos no artigo 186 da Lei Civil pátria, por ser outra hipótese de ato ilícito.

Nesta pesquisa, entende-se que a liberdade negocial do empresário, bem como a sua autonomia privada para gerir os seus negócios e patrimônio, estará limitada por estes atos ilícitos, principalmente pelo risco de se configurar uma simulação. No que tange ao abuso de direito, menciona-se o exemplo apresentado por Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede⁷⁵, nos seguintes termos:

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

⁷³ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 376-377.

⁷⁵ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93-94.

direito de recesso. Criar-se-ia uma hipótese de abuso de direito, que o artigo 187 do Código Civil considera um ato ilícito.

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

3.2 DISTINÇÃO ENTRE ABUSO DE DIREITO E SIMULAÇÃO

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

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

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

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

4. CONCLUSÃO

A partir da análise dos instrumentos jurídicos propostos, a simulação e o abuso de direito, foi possível verificar algumas situações ao longo desta pesquisa.

Em primeiro lugar, a partir da análise das teorias tradicionais, bem como algumas construções doutrinárias mais recentes, sobre o conceito de simulação, foi possível constatar que todas as definições confluem para uma mesma conclusão, que é a de que as partes acordam em esconder, simular, fingir algo. Independentemente da forma linguística e dos signos eleitos para melhor desenhar este cenário, nesta pesquisa entende-se que é necessário ter em mente a existência de algo que ilude terceiros, que não revela a verdade das partes. Por isso, não se adota uma específica teoria, mas essa ideia central que permeia todas as apresentadas.

Em seguida, verificou-se que o conceito de simulação não sofreu transformações com a mudança entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, pois as mudanças ocorreram no âmbito do tratamento que lhe é conferido e respectivos efeitos jurídicos.

Quanto à forma de prova da simulação, entende-se que uma simulação não se comprova por provas evidentes e concretas, de modo que a prova indiciária é aquela que serve como respaldo para o seu reconhecimento. Estes indícios poderão viabilizar que o juiz conclua pela existência ou não de simulação no caso concreto.

Por fim, quanto à investigação sobre a simulação, com relação aos seus efeitos aos terceiros de boa-fé, a despeito do negócio simulado ser nulo, o que ocorre de pleno direito, conclui-se que o juiz não poderá suprimir esta nulidade absoluta do negócio jurídico. Verificou-se, então, que o Código Civil brasileiro propõe a manutenção da sua aparência para que sejam preservados os direitos dos terceiros de boa-fé, privilegiando assim os princípios que regem a ordem legal de Direito Privado.

Com relação à análise do abuso de direito, verificou-se que o Código Civil de 2002 não comporta na hipótese do abuso de direito a constatação da íntima intenção de causar dano a outrem, ao adotar a teoria objetiva. Concluiu-se que o abuso de direito interessa ao Direito, pois os direitos subjetivos de cada indivíduo não poderiam ser exercidos livremente, sem freios, levando-se em consideração o meio social em que esteja inserido. Constata-se, então, que tais limites irão variar de acordo com o ambiente em que

esteja o agente e titular de determinado direito, pois quanto mais distante do meio social, em tese, maior seria a amplitude do raio de atuação do seu direito.

E, quanto à comparação entre os institutos estudados, constatou-se que a semelhança seria que o Código Civil de 2002 não exige mais para nenhuma destas duas espécies de ato ilícito, abuso de direito e simulação, a intenção de se prejudicar terceiro. Além disso, verificou-se que a principal diferença entre o ato simulado e o ato que excede os limites do direito subjetivo está nos efeitos jurídicos que deles decorrem. O negócio jurídico simulado será nulo, enquanto que os efeitos do abuso de direito são aqueles já destacados, sendo o principal o dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

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

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

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento tributário**. – 2.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A simulação no direito civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17661.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23dez. 2016. 1916.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 776.304/MG (2005/0140131-4)**. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 05 de novembro de

2009. Publicado no DJE em: 16/11/2009. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20091116.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

_____. _____. **Recurso especial nº 776.304/MG (2005/0140131-4)**, p. 9. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 05 de novembro de 2009. Publicado no DJE em: 16/11/2009. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20091116.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

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

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

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

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

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

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

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

GOMES, Orlando. **Transformações gerais dos direitos das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ITÁLIA. Codice civile. In: **La legge per tutti**: informazione e consulenza legale. Atualizado em: 16 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.laleggepertutti.it/codice-civile/art-1414-codice-civile-effetti-della-simulazione-tra-le-parti>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012

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

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

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

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

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

PORTUGAL. **Código civil**: legislação complementar, jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: INCM.

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

YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos** : limites à luz do abuso do direito e da fraude à lei. São Paulo : Lex Editora: 2005.