



Pedro Trigo: “Lava jato” descortinou prática de negócios simulados

A operação "lava jato" descortinou uma prática corrente no Brasil. A realização de negócios jurídicos simulados para legitimar transferências ilícitas de recursos e ocultação de patrimônio.

Na extensa e criativa lista de negócios sob suspeição, figuram: (i) contrato de intermediação da venda de uma mina de ouro, e, (ii) contrato de cessão de espaços publicitários em *website* por preços acima do mercado; em ambos os casos, com pagamentos vultosos que teriam beneficiado personalidades públicas.

A aparente complacência com tais práticas, vigente até então, talvez seja melhor explicada por uma dificuldade histórica para a comprovação da simulação.

Contudo, novos fatores veem provocando verdadeira revolução nesse cenário.

A possibilidade do cruzamento de diferentes e imensas bases de dados acessíveis via *web*, também conhecidas como “*Big Data*”, integrando cartórios de notas, de protestos, de registro de imóveis, juntas comerciais, tribunais de Justiça, *smartphones* com GPS e câmeras de vídeo, escrituração digital online, redes sociais, ferramentas de busca, câmeras de vigilância, dentre outras inovações, de um lado, e a evolução da jurisprudência de outro, incorporando instrumentos como a delação premiada, anunciam uma nova era marcada pela transparência.

Num tempo em que muito se fala sobre *compliance*, empresas e empresários devem estar atentos a essa realidade. Assegurar o cumprimento de normas e diretrizes muitas vezes implica em detectar situações de desconformidade que escapam a uma análise formal, demandando amplo e profundo conhecimento das atividades da empresa, dos seus clientes e fornecedores.

Conforme o artigo 167, do Código Civil, configura-se a simulação sempre que comprovado um desajuste intencional entre a forma e a essência do ato.^[1]

Trata-se de hipótese cujos efeitos espraiam-se para diversos ramos do direito. A consequência prática da sua configuração é a desconsideração do ato simulado e o reconhecimento do negócio dissimulado, com todos os seus efeitos, inclusive na esfera criminal.

Quando o negócio é celebrado mediante uma declaração totalmente indesejada, afirma-se que a simulação é absoluta. Se a declaração for verdadeira, mas for exteriorizada de forma diversa daquela desejada pelas partes, classifica-se como relativa.^[2]

A simulação pode ainda ser classificada como objetiva ou subjetiva. Será objetiva quando a divergência da declaração recair sobre o objeto do negócio. De outro modo, quando a divergência recair sobre alguma das partes envolvidas no negócio, diz-se que a simulação é subjetiva.

Nas áreas cível, comercial e tributária, a simulação visa frequentemente possibilitar a ocultação de patrimônio, a violação de pactos celebrados ou eventualmente a redução de custos tributários.

No âmbito penal, destina-se a ocultação do produto de outros crimes ou mesmo como instrumento para a



concretização do crime de lavagem de dinheiro.

Considerado um vício social dos negócios jurídicos, tamanho é o interesse público em inibir a sua prática que mesmo nas relações entre particulares, o direito de comprovar a simulação é imprescritível.[3]

Em recente julgado o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ocorrência de simulação subjetiva relativa, ao anular contrato de compra e venda de ações de Sociedade Anônima. No caso, o filho de um dos acionistas formalizou a compra de determinado lote de ações, com recursos emprestados por seu pai. Ocorre que o direito de preferência para a compra dessas ações, que não foi observado, havia sido previamente outorgado a outros acionistas da empresa, através de acordo cujo teor vinculava também o pai/mutuante do adquirente.

Confirmado a unanimidade pela 3ª Turma, o voto do ministro Ricardo Vilas Boas Cueva registrou “Saliente-se que, em casos como o dos presentes autos, é facultado ao julgador valer-se das regras de experiência, bem como de indícios existentes no processo, porquanto inerente à simulação, muitas vezes, a total impossibilidade de juntada de uma prova cabal e absoluta para a demonstração do vício. [4]

A superação de uma jurisdição acomodada e a busca do julgador por uma compreensão mais profunda dos conflitos postos sob sua apreciação, revela-se como uma tendência irreversível da jurisprudência.[5] As alterações introduzidas pelo novo código de processo civil, em homenagem ao princípio da primazia do julgamento de mérito, refletem esse rumo.

Mesmo assim, observamos a persistência de práticas simulatórias em diversos setores, entre os quais ainda são aceitas como “estratégia jurídica”. Em virtude da avalanche de denúncias envolvendo a realização de negócios simulados, é de se esperar que haja uma inflexão na utilização de tais práticas.

Mas é um outro efeito desse quadro que tem preocupado a comunidade jurídica e as empresas. O risco sempre presente de que os órgãos fiscais e o próprio poder judiciário, passem doravante a tomar por regra a exceção. Que negócios jurídicos legítimos sejam colocados sob suspeição, ou até mesmo tenham questionada a sua validade, em prejuízo dos contratantes e da segurança jurídica.

Na sua imensa maioria, os negócios celebrados são válidos e sua forma reflete o conteúdo dos ajustes pactuados. A liberdade para estruturá-los segundo modelos de racionalidade econômica e jurídica que mitiguem riscos e contribuam para os resultados da empresa, observadas as limitações legais e contratuais, é garantia fundamental para o ambiente de negócios numa economia de mercado.

A agilidade e a informalidade são grandes combustíveis da atividade empresarial. Seja pelo excesso de formalidades (obrigações) a que está submetida qualquer empresa, seja pela lentidão dos órgãos fiscais e reguladores do estado, vivemos num país hostil a atividade empresarial.

A capacidade de inovar e realizar de uma economia está diretamente ligada a possibilidade das empresas desenvolverem suas atividades com liberdade. Com o menor dispêndio possível de energia e recursos em ações que não estejam diretamente ligadas à sua atividade.

O risco de envolvimento da empresa em negócio simulado, configura potencial ameaça à sua liberdade



de contratar. Trata-se de negócio cuja validade pode ser questionada a qualquer tempo, colocando sob suspeição outras atividades e negócios da empresa.

Assim como os tribunais estão deixando suas zonas de conforto, também as empresas veem sendo instadas a fazê-lo. A abandonar certa passividade, assumindo uma postura ativa na identificação e na adoção de medidas visando não se vincular, ou mesmo se desvincular, de negócios suspeitos.

Se em qualquer lugar do mundo o investimento no aperfeiçoamento de práticas internas, na construção e manutenção de uma reputação positiva parece atrativo, nesse novo quadrante da história do país, promete ser uma barbada.

1 Art. 167. *É nulo o negócio jurídico simulado*, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

II – *contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. (grifos nossos)

2 “Dá-se a simulação relativa quando se realiza aparentemente um negócio jurídico, querendo e levando-se a efeito outro diferente. Os contratantes concluem um negócio que é verdadeiro, mas o ocultam sob uma forma jurídica diversa. A aparência serve apenas para iludir o público. Detrás dela esconde-se a verdade, a que se chama negócio dissimulado. (...) A simulação é relativa, pois, quando sob a aparência de um negócio (falso), oculta-se outro (verdadeiro).” GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

3 “*Una conseguenza che discende dalla natura dichiarativa dell’azione di simulazione è la sua imprescrittibilità.*” (FRANCESCO FERRARA. *Della simulazione dei negozi giuridici*. Milão: Società Editrice Libreria, 1905., p. 333).

4 REsp 1620702/SP. Julgado em 22.11.2016.

5 AgRg no REsp 996784/SC; REsp 1195615/TO; AgRg no REsp 1276692/RS; REsp 330182/PR.

Date Created

23/02/2017