

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

GUSTAVO FERREIRA DA SILVA

**O CONTROLE PATRIMONIAL PELA *HOLDING* E A POSSIBILIDADE DE ABUSO
DO DIREITO EM FRAUDE CONTRA CREDORES**

Recife
2019

GUSTAVO FERREIRA DA SILVA

**O CONTROLE PATRIMONIAL PELA *HOLDING* E A POSSIBILIDADE DE ABUSO
DO DIREITO EM FRAUDE CONTRA CREDORES**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Renata C. Othon L.
Andrade

Recife

2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Silva, Gustavo Ferreira da.
S586c O controle patrimonial pela holding e a possibilidade de abuso do direito em fraude contra credores / Gustavo Ferreira da Silva - Recife, 2019.
50 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Renata C. Othon L. Andrade.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Holding. 3. Fraude. I. Andrade, Renata C. Othon L. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-294)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

GUSTAVO FERREIRA DA SILVA

**O CONTROLE PATRIMONIAL PELA *HOLDING* E A POSSIBILIDADE DE ABUSO
DO DIREITO EM FRAUDE CONTRA CREDORES**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

DEDICATÓRIA

Dedico essa pesquisa a todos os credores que ao longo desses anos vem sentindo-se insatisfeitos e desacreditados, imersos em uma sensação de injustiça, ao pretenderem ver os seus créditos satisfeitos. Mas que, todavia, encontram obstáculos, muitas vezes criados pelo uso indevido da pessoa jurídica, em específico a *holding*.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Laura e José Carlos, por sempre acreditar e proporcionarem todos os meios e apoios possíveis para esse sonho tomar forma. Por compartilhar e se envolver com todas as aflições, angustias, mas também vibrar por cada conquista, ou até mesmo, motivar quando elas se mostram distantes ou inalcançáveis.

À minha orientadora, Renata Andrade, por todas as instruções e auxílios, em meio a tantas tarefas, sempre se mostrou interessada e acessível. Mas não só por isso, por todos os ensinamentos ao longo do curso, que foram essenciais para firmar uma ótima base de conhecimento.

Ao professor, Ricardo Silva, pela atenção e orientações minuciosas, que merece ressalva pela excelente colaboração.

RESUMO

O tema tem como foco a utilização da *holding* para o controle patrimonial e a possibilidade de abuso de direito em fraude contra credores, através do uso indevido da pessoa jurídica. Nessa perspectiva, o presente trabalho busca analisar a atuação da *holding* e as possíveis utilizações desse instrumento jurídico para o cometimento de fraude, ou seja, se criação de uma *holding* possibilita um ambiente mais eficiente para a prática de fraudes, de maneira a burlar o sistema de garantias patrimoniais? Com o intuito de desenvolver essa problemática e dar maior visibilidade ao tema. Para essa análise, é necessário pesquisar as formas de organização da *holding*, incluindo os tipos societários cabíveis e as respectivas responsabilidades e atuações dos sócios, como também os tipos de holding possíveis, em seguida aprofundar no liame divisor das práticas abusivas, fraudulentas e ilícitas do direito na disposição da holding, e descobrir se a sua atuação prejudica credores. A pesquisa é exploratória e se desenvolve no método hipotético-dedutivo.

Palavras-chaves: Holding, Fraude, Controle, Patrimônio.

ABSTRACT

The theme focus on the use of the holding company for patrimonial control and the possibility of abuse of rights in fraud against creditors, through the misuse of the legal entity. From this perspective, the present work seeks to analyze the holding's performance and the possible use of this legal instrument to commit fraud, that is, if the creation of a holding company enables a more efficient environment for the practice of fraud, in order to bypass the system of patrimonial guarantees? In order to develop this problem and give greater visibility to the theme. For this analysis, it is necessary to research the forms of organization of holding, including the appropriate corporate types and the respective responsibilities and actions of the partners, as well as the possible types of holding, then get deep in the line of abusive, fraudulent and unlawful practices of the holding, and find out if its performance cause harms to the creditors. The research is exploratory and develops in the hypothetical-deductive method.

Keywords: Holding, Fraud, Control, Patrimony.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CC	Código Civil 2002
CPC	Código de Processo Civil 2015
LTDA	Limitada
S/A	Sociedade Anônima

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DOS TIPOS SOCIETÁRIOS	11
2.1	Sociedade em nome coletivo.....	13
2.2	Sociedade em comandita simples	13
2.3	Sociedade limitada	14
2.4	Sociedade anônima.....	16
2.5	Sociedade em comandita por ações.....	17
3	A HOLDING	19
3.1	Atuação da <i>holding</i>	21
3.2	Vantagens e desvantagens	23
3.3	Empresa-mãe e <i> Holding</i> controladora.....	25
3.4	Planejamento na <i> holding</i>	26
4	ATUAÇÃO DA <i>HOLDING</i> E AS AÇÕES ILÍCITAS, FRAUDULENTAS E ABUSIVAS DO DIREITO	30
4.1	Fraude	31
4.2	Do abuso do direito.....	34
4.3	Desvio de poder	37
4.4	Distância criada pela pessoa jurídica.....	39
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A etimologia da palavra “*holding*” vem do inglês, do verbo *to hold*, que significa deter, conter e segurar. Dessa forma, a *holding* detém participação societária em outras sociedades, no qual podem atuar como titulares de bens e direitos.

Nessa perspectiva, os bens da pessoa física podem ser transferidos para a pessoa jurídica, na qual todas as peculiaridades são definidas no estatuto, no momento de sua criação. Dentre elas está a utilização de cláusulas de usufrutuário, de incomunicabilidade, a especificação de seus sócios e entre outros. Todavia, a verdade é que alguns criadores veem o instituto como um método de manter seu poder, sem ferir a legislação.

Cumprido esclarecer, a influência prática da utilização da *holding*, por exemplo, uma reclamação trabalhista ou um problema fiscal, na qual a justiça pode decidir por bloquear determinados bens dos sócios. Contudo, é inegável que a distância processual para atingir o capital de uma *holding* é maior do que o da pessoa física.

Dessa maneira, faz ganhar tempo na distância processual, já que, até que o juiz consiga acessar o patrimônio da *holding* e ainda mensurar a cota parte, os seus membros têm a oportunidade de resolver esse impasse ou dívida, ou de até mesmo criar outra estratégia de proteger o seu patrimônio.

Nesse contexto, o controle patrimonial pela *holding* possibilita abuso do direito em fraude contra credores? Ou seja, se a criação de uma *holding*, vem a constitui um meio mais eficiente para burlar o sistema de garantias patrimoniais.

Tendo em vista, em contrapartida ser uma boa ferramenta para gerenciar grupo societário, incluindo as cotas e ações das empresas, de maneira a permitir uma administração mais centralizada e eficiente.

Ao serem considerados esses aspectos, a utilização do instituto deve ser permitida, porém com cautela, para assim evitar a formação de uma ferramenta legitimada para fraude. Assim, conseqüentemente, evita a defasagem desse instituto, que quando bem utilizado, possibilita uma variedade de benefícios, mas que para sua melhor atuação deve ser efetivado um maior rigor legal e fiscalizatório, nas formas de autonomia e disposição desta pessoa jurídica.

Ao partir deste problema jurídico, se faz necessário, analisar se a criação de uma *holding* possibilita um ambiente mais eficiente para a prática de fraudes, de maneira a burlar o sistema de garantias patrimoniais. Nessa perspectiva os objetivos específicos são: pesquisar as formas de constituição desse tipo societário; demonstrar a atuação da *holding* e seus reflexos nas relações pessoais; distinguir as ações ilícitas, abusivas e práticas fraudulentas.

A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo para o seu desenvolvimento. Sendo utilizado, na busca da verdadeira essência do instituto, de forma a eliminar, o que lhe destoa. Nessa perspectiva, se faz necessário, a distinção entre atos ilícitos, fraudulentos e abusivos, para contribuir no esclarecimento das possíveis fragilidades, lacunas e problemas do próprio instituto.

Com o intuito de permitir maior clareza, no primeiro capítulo é abordado as formas de constituição desse tipo societário, a fim de verificar os meios utilizados, e dessa maneira, entender a sistemática do instituto.

Em continuidade, no segundo capítulo, é exposta a criação e atuação da *holding*. Para isso, é analisado o seu reflexo nas relações pessoais.

E por fim, no terceiro e último capítulo, a distinção das ações ilícitas, fraudulentas e abusivas do direito. Com a finalidade, de perceber o liame sobre o que seria possível e permitido na atuação da *holding*, sem destoar de sua função de acordo com os ditames legais.

Partindo desta ótica, é esperado não exaurir o assunto, mas sim concluir se o instituto em si, prejudica credores, inclusive os credores futuros. E com isso questionar, se há possibilidade de otimização legal, para aperfeiçoamento do instituto, resguardando os direitos das relações pessoas e, conseqüentemente, não possibilitar um ambiente legitimado para fraude.

2 DOS TIPOS SOCIETÁRIOS

Com a finalidade de melhor compreensão a respeito do instituto e sua forma de atuação, se faz necessário entender os tipos societários existentes e cabíveis. A princípio é importante uma distinção inicial no tocante a responsabilidade patrimonial pessoal e o tipo societário escolhido, na qual são divididas em sociedades de responsabilidade limitada e ilimitada.

Dentre as que possuem limitação no patrimônio a serem atingidos estão às sociedades por cotas e as sociedades anônimas. Por outro lado as sociedades que não possuem uma divisão prática entre patrimônio da pessoa jurídica e a física, ou seja, as sociedades coletivas e as comoditas.

Para Gladston e Mamede (2012a) a pesada carga tributária vigente no país cumulada com os altos custos da folha de pagamento, vem a resultar em alguns empresários, o sentimento de revolta contra as dívidas fiscais, previdenciárias e trabalhistas, no qual faz crescer nos empresários a procura de uma maneira de 'blindar' o patrimônio ou ao menos proteger.

E nessa perspectiva, que se faz relevante à conceituação feita por Gladston e Mamede (2012a) sobre patrimônio, no qual seria complexo total das relações jurídicas de uma pessoa, seja ela jurídica ou física, com relevância econômica. Os autores propõe um conceito amplo, que ultrapassa a dicotomia, ter bens ou ter dinheiro, como requisitos na praxe utilizados para auferir o grau de influencia economia, mas que, todavia, são agregados valores distintos e ainda inclui o que se tem e o que deve, ou seja, o ativo e passivo.

As sociedades empresárias e os empresários são obrigados a registrar perante a junta comercial o valor do seu capital social; já as sociedades simples o registro deve acontecer nos Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas. Esse capital, diz respeito ao quanto será investido em sua empresa inicialmente com finalidade de produção de proveitos.

Ao partir dessa ótica, os conceitos de capital e patrimônio não podem ser usados como sinônimos. Tendo em vista que, o capital registrado integra o patrimônio empresarial e ampara à atividade inerente ao negocio. Por outro lado o patrimônio é a junção das relações dos ativos e passivos.

Assim, na escolha do tipo societário, deve ser levado em consideração a limitação da responsabilidade patrimonial, dado a sua relevância no momento da constituição da *holding*. Uma das justificativas por optar por tal arquitetura societária é possibilitar um controle e direcionamento do grupo de empresas. Deste modo, proporciona maior estabilidade financeira e integridade nas relações empresariais.

O código civil dividiu as sociedades empresárias em dois grupos distintos: as sociedades personificadas e as não personificadas.

Conforme Ramos (2015, p. 244):

A principal consequência da personificação das sociedades é o reconhecimento da sociedade como sujeito de direitos, ou seja, ente autônomo que vem a ser dotado de personalidade jurídica diversa dos sócios e com patrimônio também autônomo, que não se confunde com o patrimônio dos sócios que a integram.

Nesse sentido possibilita maior segurança jurídica para os sócios integrantes, ao considerar a distinção entre bens da pessoa física e jurídica, para fins de responsabilidade e afetação.

O Código civil em seu Art. 1.024 faz relevante tal ponderação, ao dizer que: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais” (BRASIL, 2002). O legislador deixou clara a existência de uma hierarquia, no tocante ao patrimônio de afetação. Comunga também da mesma lógica e disciplina o CPC/2015 em seu art. 596 (Idem, 2015):

Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

Destarte, cumpre esclarecer que embora as sociedades não personificadas estejam na parte do CC/02 que disciplina as sociedades empresárias, podem vir a desenvolver atividades civis, que não sejam empresárias.

No grupo das personificadas estão: sociedade anônima, em nome coletivo, em comandita simples e comandita por ações. E por outro lado, as sociedades não personificadas: em comum e em conta por participação. Cada tipo societário possui uma sistemática própria e estruturação quem em pontos se assemelham.

Todavia, o foco diz respeito à responsabilidade dos sócios na atuação da sociedade e conseqüentemente o comprometimento patrimonial. Portanto, existem três possibilidades: as ilimitadas, como a sociedade em nome coletivo, as limitadas, que são a sociedade anônima e sociedade limitada; e por fim, a mista, sociedade em comandita simples e comandita por ações.

2.1 Sociedade em nome coletivo

De acordo com identificação doutrinária, é o tipo societário mais antigo. Segundo Ramos (2015) sua origem está nas comunidades familiares italianas da Idade Média, as sociedades decorrentes de laços familiares.

Dentre as principais características estão, a responsabilidade ilimitada dos sócios e só podem ser constituídas por pessoas físicas. No tocante, a legislação aplicável, são aplicadas as normas da sociedade simples subsidiariamente, conforme art. 1.040 do CC/02.

Dentre as restrições está o uso obrigatório de firma social, como nome empresarial, a entrada de terceiros alheios na sociedade depende do consentimento dos demais sócios, por ser uma sociedade de pessoas. Todavia, no que se refere à administração, só pode ser exercida pelos sócios, não pode ser designado um não sócio para fins de administração.

Atualmente é uma sociedade quase em desuso, devido a sua extensão da responsabilidade, visto que, não há uma divisão sólida entre bens dos sócios e bens das pessoas físicas que as constituem.

2.2 Sociedade em comandita simples

É uma sociedade de pessoas e contratual. A peculiaridade desse tipo societário está na limitação da responsabilidade para determinados sócios. Cumpre esclarecer, que existem duas categorias de sócios: os comanditados, que são pessoas físicas, com responsabilidade ilimitada e solidária com as obrigações sociais; e por outro lado, estão os comanditários, que podem ser tanto pessoa física como jurídica, obrigados apenas ao valor de sua quota.

Tal distinção de sócio deve ser feita no momento de criação do contrato social, conforme o parágrafo único do Art. 1.045 do CC./02 (BRASIL, 2002). Destarte, o perfil de empreendedor está relacionado ao comanditado, e o de investidor, ao comanditário (COELHO, 2012). Por conseguinte, determinar de forma precisa a atuação dos sócios na empresa.

Dentre as peculiaridades, encontra-se que apenas o sócio comanditado pode administrar a sociedade, e somente o nome deste pode ser mencionado na firma social e em consequência a responsabilidade do comanditado é ilimitada. Percebe-se que há uma carga de responsabilidade inerente a esse tipo de sócio, quando em contrapartida o comanditário goza de prerrogativas. Sendo assim, caso o comanditário pratique qualquer ato de gestão ou ter o nome na firma, poderá se sujeitar a mesma responsabilidade do comanditados.

Com a ocorrência da morte do sócio comanditado, deve ser liquidada a sua quota conforme a regra geral das sociedades simples, segundo Coelho (2012). No entanto, caso a morte seja do sócio comanditário, seus sucessores continuarão como titulares das quotas, no qual deve ser eleito um representante perante a sociedade, se o contrato não estipular a liquidação destas.

Detalhe este de suma importância, devido a ocorrência cada vez maior de ligações familiares dentro do âmbito empresarial, no qual a ausência de um planejamento no tocante a administração desses ativos, pode levar a empresa a ruínas, quando colocadas em mãos de herdeiros que não possuem capacidade para área administrativa.

A contribuição para a formação do capital social pode ser realizada em dinheiro ou bens, mas não em serviços. A vedação do sócio de indústria, permanece nesse tipo societário.

2.3 Sociedade limitada

Na praxe é o tipo societário mais utilizado, visto que, as principais características residem na contratualidade, ao permitir um espaço de maior liberdade no momento de consolidar o vínculo societário e limitação das responsabilidades dos sócios. Tal fato contribui para a redução de riscos que são inerentes da atividade empresarial.

O mencionado tipo teve sua origem ligada ao suprimento da necessidade de pequenos e médios empreendedores, ao considerar a sua flexibilidade diferente das sociedades anônimas.

Cumprido esclarecer, se e o capital social estiver integralizado, os sócios não serão responsáveis pelas obrigações sociais, exceto a incidência da desconsideração da personalidade jurídica, que funciona como ferramenta contra o abuso do direito na atuação societária.

A quota do capital é indivisível em relação à sociedade, salvo por alteração do capital social, no sentido de concentrar, somar ou para dividi-las. Sendo assim, de acordo com Mamede (2010), caso a quota titularizada em condomínio não esteja integralizada, os condôminos de forma geral serão responsáveis pelas quotas que se fazem imprescindível à sua integralização, independente do percentual que retenham perante a sociedade.

No tocante ao capital, para sua integralização, não é autorizado o sócio de indústria, conhecido por contribuir apenas com a sua força de trabalho.

A administração desse tipo societário pode ser designada a uma ou mais pessoas, todavia, caso o escolhido para administrar não for sócio, será necessário unanimidade de aceitação dos sócios, se o capital não estiver integralizado e no mínimo dois terços, após a integralização deste, de acordo com art. 1.061 do CC/02 (BRASIL, 2002).

No tocante a legislação aplicável estão os art.s 1052 a 1087 do CC./02 e em caso de lacuna deve ser aplicado as regras referentes à sociedade simples. No entanto, o contrato social pode prever a aplicação supletiva das normas de sociedade anônima, como também nos casos de não abordagem da matéria tanto na legislação de sociedade simples como na da limitada.

No que se refere à responsabilidade dos administradores, caso o contrato social não delimite a abrangência de sua atuação, presume-se que este tem o poder geral de administração, possibilitando a realização de qualquer ato de gerência, contudo, as regras que estão contidas no Código civil irão suprir tal lacuna. Tal fato demonstra a necessidade de cautela no momento de delimitação dos poderes do administrador, levando em consideração a sua suma importância para a boa estabilidade da empresa e de forma a evitar prejuízos maiores.

2.4 Sociedade anônima

O mencionado tipo societário é o mais utilizado por empresas que possuem capital elevado e grande movimentação de ativos, ou seja, grandes empreendimentos. Ao ser considerado as peculiaridades impostas pela legislação, que são pertinente devido à segurança que se faz necessária, incluindo rigor na forma de atuação, criação e extinção em comparação aos outros tipos societários, para garantir maior transparência e não transformá-la em um espaço fértil para fraudes.

Cumprе ressaltar que as sociedades anônimas são regidas por lei específica, a lei 6.404/1976. O ano de criação desta legislação merece resalva, tendo em vista, o *Pós boom* de 1971, que ficou marcado devido as grandes especulações na conta das bolsas de valores de São Paulo e Rio de Janeiro, no qual gerou grandes prejuízos aos investidores populares. Foi a partir disso que ficou clara a necessidade de uma legislação mais protecionista aos acionistas minoritários, de forma a possibilitar maior segurança para o desenvolvimento do mercado de capitais (RAMOS, 2015).

Ao considerar que momentos como esses, causam um sentimento de descrédito no animus de investir, devido à sensação de receio, fruto do visível aumento da instabilidade econômica. A legislação se fez e faz necessária de forma a evitar a defasagem esse tipo societário e em contrapartido possibilitar uma otimização na sua atuação.

Dentre as principais características desse tipo societário, conforme Ramos (2015) é a “sua natureza capitalista, sua essência empresarial, sua identificação exclusiva por denominação e a responsabilidade limitada dos seus sócios”. Além disso, devem ser considerados outros aspectos, como a sua transparência, incluindo o rigor na prestação de contas e movimentação de ativos, fruto de um sistema burocrático que lhe é obrigatório; e ainda a equidade no que se refere ao tratamento perante os acionistas, tanto os majoritários como os minoritários.

No tocante a responsabilidade dos sócios, acontece situação semelhante a das sociedades limitadas, no sentido de o sócio responder somente no que refere a sua cota parte do capital social, exceto em situações de desconsideração da personalidade jurídica ou a realização de condutas ilícitas.

Mencionada preocupação é pertinente, ao considerar o impacto econômico que a atuação da empresa causa na sociedade. Ao levar em conta, que enquanto ocorre a movimentação do capital e resulta em mais ativos que passivos, a princípio positivo para todos. Todavia, caso ocorra a defasagem da pessoa jurídica e sua futura 'quebra', pode vir a causar um desequilíbrio econômico em vários setores da economia. Inclusive os seus funcionários e credores são os mais prejudicados.

Nessa perspectiva, cabe sopesar se essa burocracia legal vem a constituir um burocratismo na forma de atuação da *holding* ou uma defesa no tocante as instabilidades econômicas do mercado.

2.5 Sociedade em comandita por ações

A sociedade em comandita por ações pode ser classificada como uma sociedade de capital e institucional, em contrassenso da comandita simples. É nessa perspectiva, que a doutrina majoritária identifica esse tipo societário como uma sociedade empresária híbrida, devido as suas características tanto da sociedade em comandita, como também de sociedade anônima.

No tocante ao capital, este é dividido em ações e as categorias de sócios, são iguais ao da sociedade em comandita simples, no qual um possui limitação de responsabilidade e outro não, no caso os comanditários.

Sendo regida pela Lei 6.404/76, porém, não é aplicado o disposto na lei referente ao conteúdo sobre conselho de administração, autorização estatutária de aumento de capital e emissão de debêntures (RAMOS, 2015).

O diretor responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade. Isso acontece devido ao fato de os diretores não serem escolhidos pela assembleia-geral, mas são nomeados por ato constitutivo, e assim sendo não possuem mandato. Em consequência disto, à legislação lhes impõe regras mais rígidas no tocante à sua responsabilidade e a obrigatoriedade de serem sócios (Ibidem).

Cumprе esclarecer, que no ordenamento jurídico brasileiro, é regido pelo princípio da tipicidade societária. Dessa forma, para criar uma sociedade, é necessário adotar uma das formas previstas legalmente.

Nessa perspectiva, não pode ocorrer à criação de um tipo societário que venha a adotar uma configuração mista. Visto que, cada modelo societário, possui um conjunto de características, peculiaridades e vedações. Por outro lado, é com os contratos sociais e a formação dos estatutos, que disponibilizam uma margem para adequação ao objeto social, que será à base do desenvolvimento societário.

De forma a delimitar e definir objetos a serem atingidos e obrigações dos sócios integrantes. Consequentemente vem a resultar metas que servem de base, para um desenvolver amplo e otimizado da sociedade.

3 A HOLDING

A *holding* teve sua origem nos Estados Unidos da América, na qual o Estado de New Jersey foi o primeiro a permitir de forma legal a aquisição de ações de uma companhia por outra. E foi após a Primeira Guerra Mundial, que ocorreu a sua difusão pela Europa (KOURY, 1995).

Ao analisar a etimologia da palavra, que vem do termo em inglês *to hold*, no qual significa “deter / segurar”. A *holding* surge como um ato de domínio, com a finalidade de firmar pessoas jurídicas, no caso sociedades, que agem como titulares de bens e direitos, que podem abranger bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial, marca, patente, investimentos financeiros e etc. (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

As *holdings* foram instituídas com a Lei das Sociedades Por Ações (Lei nº 6.404/76), no qual permitiu que uma empresa venha a controlar ou exerça influência sobre outras empresas subsidiárias. Cumpre esclarecer, que apesar de ser regulada pela lei mencionada, pode ser constituída por outras formas societárias, e não apenas como S/A.

Cumpre esclarecer, que com a criação de uma *holding*, deve ser analisado as peculiaridades de cada caso, e o contexto. Tendo em vista, que essa sociedade abrange várias finalidades, ao considerar a existências das *holdings* como: pura, de controle, de participação, de administração, mista, patrimonial e imobiliária.

Dentre elas, existe a *holding* pura, que tem por finalidade exclusiva a titularidade de quotas ou ações de uma ou várias sociedades. Na modalidade pura, não há o desenvolvimento de atividade comercial, assim, a receita é composta pela divisão de lucros e juros sobre o capital próprio, que são pagos pelas sociedades, na qual essa tem participação. Caso o objetivo, seja no sentido de obter participação societária, sem possuir intuito de controlar outras sociedades, será classificada como *holding* de participação.

Existe também a *holding* de administração, essa atua na formação de planos de gestão, estabelecendo estratégias mercadológicas, orientações gerenciais, e caso seja necessário, atua diretamente nas atividades comerciais das sociedades controladas, ou por forma de ajustes com os outros sócios, nas sociedades em que possuem mera participação. Por outro lado, com o tênue liame de distinção, a *holding* de controle, não possui caráter de coordenação, sendo apenas para atribuir

forma ao que foi planejado, como parâmetros fiscais e negociais (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

Em contrapartida, a *holding* pura, existe a mista, essa não possui objeto exclusivo de possuir à titularidade de participações societárias, mas sim, de forma simultânea atuar nas atividades empresariais, como produção e circulação de bens, ou seja, ela desempenha o objeto social de outra sociedade, sem necessariamente ser o seu objeto social.

Na visão brasileira, por questões fiscais e administrativas, a *holding* mista é a mais utilizada, prestando serviços civis ou eventualmente comerciais, mas nunca industriais. (LODI e LODI, 2011).

Ainda sobre as variações da dessa sociedade, existe a *holding* patrimonial, que tem por finalidade ser proprietária de um específico patrimônio, incluindo bens imóveis, móveis, propriedade imaterial, aplicações financeiras e ainda quotas e ações de outras sociedades. Ao partir dessa conceituação, pode chegar a uma modalidade mais restrita e específica, a *holding* imobiliária. Esta é criada com a finalidade de possuir imóveis com intenção, ou não, de locação (Ibidem).

Em meio a essa variedade de possibilidades, a *holding* pode atuar como uma forma de direção econômica do grupo, que controla as subordinadas por meio de participações no seu capital. Essas participações podem ser radiais, piramidais ou circulares.

Na participação radial, a empresa que se encontra na direção detém ações das controladas, todavia, essas não são ligadas financeiramente entre si diretamente, como exemplo A controla B e C. No tocante as participações piramidais, a empresa dominante controla os patrimônios de todas as empresas do grupo, na qual é executada a direção econômica. Nessa organização algumas empresas dominadas controlam outras, sendo assim, apenas a empresa dirigente se torna a única controladora de todas as empresas. Já os grupos de participação circular ou mista, podem ser formados por uma mistura entre as participações radiais e as piramidais, de maneira que a sociedade dominante seja controlada por uma das empresas por ela controlada (KOURY, 1995).

Nessa perspectiva, insta ressaltar, que a *holding* familiar não teria um tipo específico, uma vez que pode adotar qualquer dos mencionados anteriormente. O que lhe define é o seu intuito de beneficiar o planejamento realizado por seus membros, e levar em consideração às dificuldades inerentes.

A solução que é proposta na praxe é criar uma sociedade que seja titular dos bens dos sócios, àqueles pertencentes à mesma família, visto que, a *holding* atua de forma a administrar o patrimônio. Dessa forma, é no momento da criação que será estabelecido as peculiaridades em caso de óbito de qualquer dos seus membros.

Vale salientar, que a formação e a movimentação de bens que vem a compor o patrimônio de uma pessoa é livre, desde que praticado dentro dos limites legais. Entretanto, o problema surge quando essa movimentação acontecer com a finalidade de negativação patrimonial para prejudicar credores, sejam eles atuais ou futuros, ocorre a fraude (ANDRADE, 2017).

Logo, a dificuldade esta na identificação, no momento em que essa margem de liberdade fomenta um espaço fértil para fraudes, principalmente no tocante às situações anteriores à constituição de uma relação de caráter obrigacional. Não estaria diante de uma fraude comum, ao levar em consideração a prevenção que é almejada pelos sócios da *holding*. Uma vez que, intenção na movimentação patrimonial, visa assegurar contra as futuras relações, que originarão futuros credores.

Nessa perspectiva, se faz presente a necessidade de maior cautela, pois a criação da *holding* assegura os interesses presentes e futuros de quem a elabora. Portanto, é importante atentar por outro lado, que existem as relações pessoais dos membros da *holding*, e que a ausência de patrimônio na pessoa física, caso venha a ser colocado todo os bens na pessoa jurídica, resulta em uma distância processual na afetação do patrimônio, e termina por resguardar o interesse dos devedores.

3.1 Atuação da *holding*

A *holding* pode ser entendida como uma empresa cuja finalidade essencial é ter participação acionária de outras empresas, de maneira a influenciar sobre a sua administração. De forma a aplicar técnicas institucionais, baseadas em organização de controle interno por meio de criação de um organismo, que pode ser personalizado ou não, com a finalidade de firmar a titularidade do poder soberano na sociedade e disciplinar o seu exercício. Nessa ótica, existem três possibilidades: a comunhão acionária, o *voting trust* e a sociedade *holding*, esta ultima é o foco do trabalho (COMPARATO, 1977).

Com a criação da *holding* o empresário tem como objeto os grupos societários, que ocorre o compartilhamento de gerências e controles, devido a possibilidade de parcerias e não apenas serem firmadas proteções patrimoniais, mas também com a finalidade de solidez empresarial, ou seja, é uma espécie de ferramenta administrativa (LODI e LODI, 2011).

Segundo Oliveira (2015, p.7) os objetivos principais de uma *holding* são:

Resguardar os interesses de seus acionistas, através da atuação em várias empresas e negócios; agir como acionista principal das empresas afiliadas, podendo, inclusive, ter a responsabilidade administrativa dos negócios; administrar o portfólio de investimentos do grupo empresarial; realizar serviços centralizados às empresas do grupo, atuando, nesse caso, como o embrião de uma administração corporativa; e representar o grupo empresarial de forma estruturada e homogênea, principalmente com base na consolidação de um conjunto de políticas de atuação administrativa, as quais proporcionam uma personalidade para a empresa *holding*.

Sob essa perspectiva as empresas *holdings* podem contribuir para o planejamento, controle e organização das empresas integrantes do grupo empresarial.

Ao considerar a fundamental finalidade de manter uma forma majoritária nas ações de outras empresas, de maneira a proporcionar, o controle de grupos empresariais e a concentração desses controles, ao evitar a pulverização acionária do grupo, quando ocorre várias alienações e heranças. Assim, tem como foco finanças, controle, novos investimentos, desenvolvimentos, serviços técnicos e até mesmo consultoria jurídica.

Nesse sentido, a *holding* na sua atuação deve buscar evitar intervenções diretas na operação das empresas controladas, mas sim proporcionar auxílio nas atividades na qual as empresas não puderem executar com eficácia. Ou seja, o foco é o seu poder de controle.

Em outra perspectiva, com a finalidade de crescimento de suas rendas ou de racionalizar a prestação de serviços centrais, a *holding* pode decidir pela prestação de serviços à empresas controladas, isto é, serviços de sistemas e computação, aluguel de máquinas e equipamentos, prestação de serviços de organização, administração, intermediação em finanças, relações institucionais externas e determinados negócios especiais (LODI e LODI, 2011).

Diante da variedade de opções para auferir renda, possibilita uma autonomia financeira. Contudo, a *holding* não tem a sua existência condicionada à contribuição

financeira de outra empresa e em consequência não interrompe a sua atividade gerencial.

Segundo Lodi e Lodi (2011) para entender os objetivos da *holding* como empresa, se faz necessário contemplar as variedades de facetas que podem ser de seu papel, a exemplo, como instrumento de representação institucional do grupo, administrar os interesses dos sócios ou acionistas, ser sócia ou acionista das coligadas e controladas do grupo, coordenar os investimentos do grupo, prestar serviços às empresas do grupo, e inclusive gerenciar os interesses societários internos.

3.2 Vantagens e desvantagens

É importante salientar os aspectos econômico-financeiros positivos que a implementação da *holding* pode proporcionar, como maior controle acionário com custos reduzidos e a centralização das atividades. Essa vantagem fica evidente na *holding* mista.

Há o isolamento das dívidas das afiliadas, pois cada empresa pode ter sua vida própria, ao considerar que existe uma participação e não uma fusão, de maneira a permanecer a autonomia financeira e jurídica de cada uma.

Por outro lado ocorre a concentração do poder econômico na figura do acionista controlador da *holding*, tendo em vista sua influência sobre os rumos das empresas filiadas, em consequência do aumento do poder para negociações no mercado de negócios. O que possibilita uma centralização, de maneira a evitar decisões antagônicas, que dificultem ou até mesmo impeça o crescimento em conjunto. Também oportuniza a simplificação das estruturas inoperantes das empresas afiliadas, quando há serviços comuns a todo o grupo. Quanto aos fatores administrativos, proporcionam uma flexibilidade e agilidade nas transferências e destinação de recursos de forma interna no grupo e entre as empresas afiliadas à *holding*, sem a necessidade de ouvir os sócios e/ou acionistas minoritários, com intuito de tornar mais célere à atuação no cotidiano (OLIVEIRA, 2015).

No tocante aos aspectos sucessórios e familiares, a *holding* pode proporcionar um confinamento dos possíveis conflitos entre os sócios, em razão de

possibilitar até a prevenção de impasses como estes, quando forem devidamente regulamentadas em seu estatuto as peculiaridades e em consequência, podem ocorrer maiores facilidades na transmissão de heranças. Haja vista que podem ser indicados os sucessores da sociedade para evitar futuros litígios judiciais.

Caso os filhos tenham vocações diferentes das dos pais, ou seja, outra área de empreendimento, a *holding* proporciona maior liberdade de escolha profissional, em virtude de não precisar atrapalhar a unidade familiar. Em razão da facilitação no tocante ao apoio necessário em novos investimentos, e ainda possibilita que as empresas que fazem parte do mesmo grupo societário, não precisem necessariamente seguir o mesmo ramo de atuação.

O afeto familiar pode ser um impulsionador frente às demais empresas, ao considerar que os elos afetivos e emocionais podem contribuir em momentos de crise. Os membros da família colaboram com o seu melhor para a continuação do negócio, ao considerar que a empresa é a fonte de renda e o elo em comum da família, o que não ocorre nos demais tipos societários, no qual os funcionários se preocupam não com a empresa em si, mas como o próprio emprego (SANTOS E VIEGAS, 2018).

Apesar de nem tudo ser apenas bônus, a criação da *holding* pode trazer algumas impasses, ao considerar que um mal planejamento fiscal societário pode ocorrer a incidência de maior carga tributária. Tal fato pode ser evitado a partir de uma adequada gestão da empresa *holding*, a exemplo, ter tributação de ganho de capital na venda de participações nas empresas afiliadas (OLIVEIRA, 2015)

Em contra partida, o fato da centralização pode ocasionar maior volume de despesas na atuação da *holding*, por provocar problemas nos sistemas de rateio e custos nas empresas afiliadas.

E com relação à disposição de assuntos familiares pode criar um cenário irreversível e bastante problemático, como exemplo, o estabelecimento no estatuto da *holding* de cláusulas de usufrutuário e inalienabilidade .

É nessa situação que a *holding* familiar possibilita a junção de todos os bens pessoais no patrimônio dessa sociedade, ao oferecer para o titular a oportunidade de conceder aos seus herdeiros, as cotas ou ações na forma que entenda mais adequada a cada um. Sendo preservado para si o usufruto vitalício dessas participações, o que permite seguir na administração.

Ao considerar que a dificuldade enfrentada em razão da herança a ser recebida por filho(a) casado(a) pelo regime de comunhão de bens, no qual as ações ou quotas podem pertencer à pessoa estranha à família e a sociedade, que inclusive pode até mesmo não ter vocação para a administrativo.

Sendo assim, a *holding* familiar vem a permitir que o fundador, decida quem irá suceder-lo com relação aos negócios de forma a não prejudicar o andamento da atividade e nem econômica ou financeiramente os outros herdeiros. (OLIVEIRA, 2015).

3.3 Empresa-mãe e *holding* controladora

Uma ótima solução prática é a transformação da empresa-mãe, a primogênita do grupo, em *holding*, de forma a retirar dela as atividades de caráter operacional. Todavia, não é algo rápido por depender da adaptação tanto interna como externa.

Dentre as vantagens dessa operação, conforme (LODI e LODI, 2011) esta o não deslocamento do patrimônio, e logo não ocorre a incidência de novos impostos, a proporcionar uma importante economia fiscal como também não se faz necessário novas escrituras imobiliárias.

Diante de todo o exposto, cabe salientar as possibilidades de receita de uma empresa *holding*, que pode ocorrer por meio de prestações de serviços como: atuação no sistema de processamento de dados; recebimento de aluguéis de máquinas e equipamentos próprios; os aluguéis dos móveis e instalações próprias; como também dos prédios e terrenos próprios; repasses de financiamentos; procurações.

Referente aos serviços de pessoal, como recrutamentos; serviços de manutenção e limpeza; conservação serviços sociais e benefícios; se provado o interesse inicial; inclusive prestação de consultoria; organização; seminários e cursos; taxas de administração vinculadas ao seu poder de controle; intermediação nas relações com outras empresas; controle de qualidade e a verificação de viabilidade dos negócios (LODI e LODI, 2011).

E ainda a receita pode ser obtida por meio de operações financeiras com a incidência de pequeno imposto, rendimentos de controladas ou coligadas.

3.4 Planejamento na *holding*

Ao considerar que a *holding* é uma relação mútua da pessoa física com a pessoa jurídica, o planejamento fiscal se faz necessário não apenas para o desenvolvimento da economia, mas também para impor limites de maneira a evitar desvios onerosos.

Assim, os diversos orçamentos e planejamentos de cada operadora do grupo devem ser garantidos na *holding* administrativa e com isso conciliado pelas *holdings* pessoais, inclusive as patrimoniais (LODI e LODI, 2011). Portanto, é de suma importância para o empresário que a todo ano, com período semelhante da sua pessoa jurídica, fixe um plano integrado juntamente com um balanço financeiro pessoal. Esse comprometimento dos empresários e investidores requer um engajamento pessoal com a declaração de Imposto de Renda, de maneira a evitar futuros problemas.

Na *holding* de controle, os problemas acontecem na participação do capital de outras empresas. E ainda, no grupo econômico de subordinação, as sociedades controladas perdem boa parte de sua autonomia de gestão empresarial.

Deste modo, é de suma importância à lei impor limites à ação do controlador, essa limitação acontece em volta da proibição de atos incomuns ao objeto social. Como também a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada, que pode ser um critério para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Tendo em vista que a criação da pessoa jurídica é uma técnica que tem como foco a separação do patrimônio.

Com o crescimento e desenvolvimento de empresas familiares, de forma a utilizar condutas de governança corporativa e planejamento sucessório e societário. Conseqüentemente, nessa organização a propriedade e administração se encontram ligados a uma família, no qual, a sucessão da atividade está interligada ao fator hereditário.

Por isso, a empresa *holding* pode ser uma importante maneira de planejamento sucessório e societário, para as famílias que visam à prática da atividade empresarial de forma organizada. Em meio à afetividade e os laços familiares que formam a base das empresas familiares (SANTOS e VIEGAS, 2018).

Então essas relações que a princípio estavam sujeitas ao direito de família passam a estar submetidas ao direito societário. Dessa forma, na proporção que concede a *holding* o controle de empresa ou até mesmo grupo de empresas, são distanciados os eventuais conflitos familiares da área de produção. Tendo em vista, que as mencionadas divergências, ficam retidas na *holding*, sendo consideradas conflitos societários, sob a regramento do Direito empresarial (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

A partir da criação de uma *holding* familiar, na modalidade pura, por exemplo, todos os herdeiros, juntamente com seus pais, ficam submetidos as mesmas condições por serem todos sócios. De forma a enfrentar o desafio das empresas familiares, que é a de seus membros possuírem ou não capacidade para a atividade comercial desenvolvida por empresa os empresas controladas. Haja vista, que a administração pode ser concedida a todos os sócios ou apenas a algum.

Por outro lado, pode servir como estratégia jurídica para manter a força da participação familiar, de uma expressão de forma unitária. Caso o patriarca ou a matriarca venha a falecer, a princípio as quotas ou ações de uma sociedade se dividem igualmente entre os filhos, e em consequência, ocorre à fragmentação das participações, que pode deixar os filhos a mercê dos outros sócios. Entretanto, com a *holding*, é mantido o poder de controle, por ficar sob o seu mando a totalidade das cotas ou ações, e ainda assegurando a cada herdeiro a sua cota parte na sociedade de participações (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

É uma forma de proteção contra fracassos amorosos, ao considerar que, as opções afetivas vêm a constituir um desafio como também um risco com relação ao patrimônio familiar, inclusive o pessoal.

Existe a possibilidade de no planejamento sucessório, com a criação da *holding*, fazer doações de quotas ou ações gravadas com cláusula de incomunicabilidade, com o intuito de evitar que o bem doado seja objeto de partilha no divórcio ou separação, em uma tentativa de blindagem patrimonial. A lei permite ir até mais além, como a possibilidade de gravar os títulos com essa cláusula, com base no art. 1191 do CC/02, que resulta em incomunicabilidade e impenhorabilidade (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

Cumprido esclarecer que caso a participação ou bem doado compor a legítima, é necessário obedecer à limitação imposta pelo art. 1848 do CC/02, no qual

a cláusula deve estar devidamente justificada, de maneira a apresentar justo motivo para impedir a alienabilidade, penhora ou comunicação patrimonial.

Há outra possibilidade, o recurso do usufruto com base no art. 1390 do CC/02, no qual pode ser transferido ao herdeiro só a nua propriedade dos títulos societários, de forma a garantir aos genitores a posição de usufrutuários. Desta forma, permite desempenhar os direitos relativos ao título, e em consequência possibilita permanecer na administração da *holding* (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

A doação com reserva de usufruto pode significar uma alteração para pior da situação econômica do devedor, uma vez que, terá substituído um bem imóvel que formou, devido à facilidade de sua excussão, possibilita maior garantia dos credores, ao considerar que frutos e rendimentos são mais facilmente desviáveis e consumíveis (CAHALI, 2002).

Quando opta por utilizar esta alternativa nas quotas ou ações, o usufrutuário ou usufruidor mantém posse das quotas ou ações, as utilizando na coletividade social, até mesmo para exercer o voto e receber os frutos. Por outro lado, para a extinção do usufruto, é aplicado o art. 1410 do CC/02, vejamos (BRASIL, 2002):

Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I - pela renúncia ou morte do usufrutuário;

II - pelo termo de sua duração;

III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer;

IV - pela cessação do motivo de que se origina;

V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409;

VI - pela consolidação;

VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395;

VIII - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399).

Há também a oportunidade de os genitores protegerem o patrimônio a ser transferido para os filhos, ao utilizar cláusulas restritivas, novamente uma tentativa de blindagem patrimonial. Logo, esquivam-se dos problemas com cônjuges, pois as quotas ou ações são doadas com cláusulas de incomunicabilidade, de maneira a tornar excluídos da comunhão. Todavia, não excluem os frutos recebidos durante o

casamento. Cumpre ressaltar, que não pode impor tal cláusula sobre os bens da legítima.

A utilização do recurso de usufruto e/ou cláusulas restritivas gera inquietação sob a possibilidade de blindagem patrimonial através da *holding* e em consequência a dificuldade dos credores e inclusive os eventuais credores, ao ressarcimento de dívidas. Mencionada dificuldade será tratada no capítulo seguinte.

Diante dessas necessidades, o testamento não consegue abranger todas as peculiaridades, ao considerar que permite apenas a divisão de maneira antecipada dos bens, que pode ser incluído participações societárias. Em contrapartida, não possibilita a disposição de funções no campo das unidades produtivas, não define os problemas da empresa.

Se as mencionadas disposições ficam em aberto, com a morte do patriarca ou matriarca, os herdeiros e o patrimônio da família, ficam sujeitos ao procedimento burocrático de inventário, que pode perdurar por vários anos.

4 ATUAÇÃO DA *HOLDING* E AS AÇÕES ILÍCITAS, FRAUDULENTAS E ABUSIVAS DO DIREITO

Ao considerar que a função primordial da personificação seria firmar um centro de interesses autônomo, diferente das preferências formadas pelos membros que compõem a pessoa jurídica ao ser considerado de forma isolada (COMPARATO, 1977).

Em contrário, a essa função genérica, existem as específicas, como: possibilitar a soma de forças e recursos financeiros; limitar ou reduzir riscos inerentes à atividade; oportunidade de vinculação de determinados bens ao serviço com finalidades sociais e entre outras.

Assim, se faz necessário entender à atuação de um *holding*, o que seria permitido, e em consequência perceber o liame entre a distinção entre as ações ilícitas, fraudulentas e abusivas do direito.

Ao constituir tal arquitetura societária, é permitida uma movimentação de ativos dentro do grupo societário, mas que, todavia, não é estabelecido por lei um limite para tal movimentação. Esse fato é importante, ao considerar que julgados, que vem estabelecendo responsabilidade individualizada e não solidária em caso de empresas que integram a mesma *holding*.

Ocorre uma antinomia, que da oportunidade para uma arquitetura fraudulenta, ao desvincular do propósito legal de uma *holding*.

Tal concepção fica evidente ao analisar a causa para a constituição de uma sociedade, de maneira genérica, que seria à separação patrimonial, à formação de um patrimônio autônomo, no qual os ativos e passivos, não se confundem com os direitos e as obrigações dos seus membros (IBID).

É nesse cenário, que pode ocorrer várias fraudes contábeis, como “desvio de receitas, de bens, ocultação de prejuízos ou de lucros, supervalorização ou subvalorização da empresa” conforme Mamede e Mamede (2010, p. 106).

Em contrapartida, está o desafio a ser enfrentado pelos credores, ou seja, a comprovação da prática desses atos, para que ocorra a intervenção do Poder Judiciário.

Nessa ótica, insta ressaltar que a própria companhia protege a si mesmo das perdas. Tendo em vista, que caso alguma empresa do grupo vier a falir, a empresa

mãe/gerenciadora, terá um déficit de capital e uma redução no patrimônio líquido, todavia os devedores e credores da empresa que faliu não podem demandar a remuneração da controladora. Portanto, a *holding* possui responsabilidade financeira e jurídica limitada.

4.1 Fraude

O conceito de fraude está interligado com a negação da boa-fé. Tendo em vista, ser a boa-fé uma atitude de cooperação, que se volta a atender de maneira positiva à expectativa da outra parte.

Cabe esclarecer, que na atualidade, para a compreensão da fraude no ordenamento jurídico, existem duas grandes áreas do direito, o Direito Civil e o empresarial.

No Direito Civil, a fraude contra credores encontra-se tutelado no art. 158 do CC/02, que tem como consequência a anulabilidade, e caso venha a ocorrer na execução, o respaldo legal esta no art. 792 do CPC, e a respectiva consequência seria a ineficácia.

Por outro lado, no Direito Empresarial, a perspectiva é diferente, tendo em vista, que a fraude contra credores pode acontecer sem a intenção de lesar, conforme art. 129 da Lei de Falência e recuperação, entretanto, se tiver intenção de lesar, será aplicado o art. 130 da mesma lei.

Todavia, o CC/02 não estabeleceu um conceito de fraude. Diante do silêncio legal, algumas ações vêm sendo consideradas fraudulentas quando ocorrem após a constatação de insolvência do agente como: a transmissão gratuita de bens; a insuficiência da garantia apresentada; perdão da dívida; a distribuição onerosa de bens, no caso em que a insolvência estiver notória ou conhecida do outro contratante; e a concessão de garantias reais.

Existem três pressupostos para caracterizar a fraude civil contra credores, dentre eles, os elementos subjetivos, a lesão e a anterioridade do crédito tutelado, e como elemento subjetivo, o intuito de fraudar.

Sendo assim, a fraude é uma qualidade de ação, que pode ser entendida como contrariedade a moral, a integridade, com a confirmação da malícia ou do ardid, e que no caso guarda relação com a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. E ainda somada à lesão causada, é qualidade de ação revestida de interesse

jurídico. O ardid e a malícia só são puníveis quando causam dano, na fraude. (ANDRADE, 2017).

A fraude à lei é uma subespécie dos negócios indiretos, no qual a ilegitimidade não ocorre do desvio da função, mas sim da finalidade ilícita de tal desvio (TOMAZETTE, 2008).

Há distinção entre fraudar a lei e fraude contra credores. Na fraude à lei, o ato é praticado para conseguir, de forma indireta, um fim prático que a lei não permite atingir diretamente sem ter como objetivo causar prejuízo a uma pessoa determinada. Em compensação, na fraude contra credores, o agente causador pretende prejudicar terceiros, além da frustração da legislação, o autor move o seu ato com o intuito de frustrar credores (CAHALI, 2002).

Insta ressaltar, que existe diferença entre usar o meio fraudulento para lesar ou fraudar alguém. Tendo em vista, que no primeiro a fraude é meio, já no segundo é resultado.

Nessa perspectiva, a fraude subjetiva é habitualmente praticada por vias que conduzem à invalidade do ato, no qual pode ser especificado como vícios de vontade ou vícios sociais, que são tratados como defeitos dos negócios jurídicos. Nos vícios de vontade, as circunstâncias externas conduzem os contratantes a exprimirem declaração diversa da pretendida, já nos vícios sociais, o fator em comum é a vontade de lesar outrem.

Com a consumação da fraude, existe um duplo sancionamento da fraude subjetiva, se há conluio para fraudar específico crédito entre os negociantes, incide o art. 166, inc. III do CC, e o negócio é nulo. Em contrapartida, caso a fraude ocorra com o auxílio do terceiro de boa-fé, não incide o inc. III, visto que, não há motivo comum, trata apenas de fraude, e tem como resultado a invalidade relativa (ANDRADE, 2017).

Dentro desta perspectiva, existem as fraudes contábeis, tendo em vista, que a escrituração contábil vem a ser um reflexo da atividade exercida, sendo assim caso a escrituração que obedeça aos requisitos extrínsecos e intrínsecos são meios de prova dos atos neles constantes (MAMEDE E MAMEDE, 2010).

A título de exemplo, estão os desvios de bens e receitas, e ainda o ato de dissimular prejuízos ou lucros. Entretanto, a grande dificuldade para os credores, é justamente a comprovação da prática desses atos, de maneira a justificar uma intervenção.

A mencionada dificuldade fica ainda mais agravada, nas situações creditícias que ainda acontecerão, ou seja, os credores ainda não estão constituídos. Como no uso das sociedades *holdings*, com doações que possuem reserva do direito de usufruto vitalício, doações para parentes próximos, amigos e subordinados, ou seja, atos que apenas na aparência jurídica configuram a insolvência do devedor, já que juridicamente continua este se aproveitando dos benefícios frutos desses bens (ANDRADE, 2017).

É nesse sentido, que se faz necessária uma tutela do crédito, independente de sua natureza e do momento de constituição, a fim de garantir os direitos não apenas dos credores já constituídos, como também os futuros.

Nessa perspectiva, esta a base da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no qual somente deve incidir em hipóteses que a autonomia desse tipo de pessoa se mostra como uma dificuldade para a realização da justiça (SOUZA, 2009).

No tocante, aos títulos em que a sociedade investiu, caso ocorra distorção entre o valor de mercado do ativo e o seu valor escritural, não constitui necessariamente uma fraude. Tendo em vista, que em alguns momentos a legislação vigente estabelece que determinado bem seja mantido escriturado com base no valor de aquisição ou de constituição (MAMEDE E MAMEDE, 2010).

Contudo, se for referente à participação no capital de outra sociedade, deve ser considerado o valor no qual foi investido em sua constituição, dessa forma, é normal que o valor da participação na sociedade seja subvalorizado no momento da escrituração contábil.

Segundo MAMEDE E MAMEDE (2010, p. 107): “o principal instrumento para que se demonstre a prática de fraudes é a determinação de uma minuciosa auditoria contábil, feita por profissional gabaritado, para auferir a sua ocorrência, ou não.” Assim, é necessário o deferimento da realização da auditoria pelo Poder Judiciário. Por seguinte, o que não pode acontecer é o mero indeferimento desse pleito por ausência de provas, tendo em vista, a extrema dificuldade de produção de provas pelos credores.

Os elementos objetivos e subjetivos da fraude, não precisam estar combinados para evidenciá-la. Ao considerar que ocorre a fraude com a insolvência accidental, fraude objetiva ou pela insolvência culposa, fraude subjetiva (ANDRADE, 2017).

4.2 Do abuso do direito

O complexo de direito que inclui como dispor a pessoa jurídica, tem por origem à comunidade e é dela que surge a sua finalidade, que tem cunho social. Caso ocorra o desvio dessa finalidade, não há propriamente o uso do direito, mas sim o abuso, no qual deve ser repellido (TOMAZETTE, 2008).

Tal fato ocorre, quando normalmente existem várias alternativas para a utilização da pessoa jurídica, todas lícitas, a princípio, mas os sócios ou administradores optam pela que mais prejudica terceiros, inclusive os credores.

No que diz respeito, a constatação do abuso do direito, o art. 334 do CC/02 prescreve um norte, ao dizer que “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito” (BRASIL, 2002). Logo, não há propriamente um direito, mas um direito aparente e ainda o termo direito deve ser compreendido como qualquer prerrogativa jurídica, como os poderes, faculdades e liberdades.

Nessa perspectiva, a ausência de atuação ou até a negação de interesses pessoais pelo sujeito de um direito é juridicamente sem relevância, caso não ocorra projeção na esfera do interesse de outrem (ABREU, 2006). Ou seja, o comportamento precisa causar algum prejuízo significativo a um terceiro para configurar o abuso do direito.

Partindo dessa ótica o art. 187 do CC/02, classifica o abuso do direito como sendo um ato ilícito, vejamos: “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” (BRASIL, 2002). Os mencionados conceitos servem de norte para a sistematização na configuração do abuso do direito.

A movimentação de ativos entre empresas de forma deliberada pela *holding* que as controla, com a intenção de negar o interesse de outrem, é um ato vazio, com intenção exclusiva de amenizar ou até mesmos evitar impactos societários futuros. O ato em si, a priori, não é ilegal ou abusivo, mas a partir do momento em que a organização societária passa a atuar com as mencionadas movimentações

com o intuito de frustrar os direitos dos credores, caracteriza a abusividade, apenas uma desvantagem para terceiros.

No tocante, ao abuso de direito nas deliberações sociais, esse será configurado quando a deliberação em questão, não seguir um fim social, ou seja, não é pautado no interesse da sociedade, contudo, seria em benefício exclusivo dos sócios que as aprovaram ou de terceiros, de maneira a conferir vantagens especiais, e prejudicar a sociedade ou os outros sócios ou até mesmo os credores.

O abuso fica evidente na subcapitalização, no qual os sócios não disponibilizam na sociedade o capital adequado para a efetivação do objeto social, como dividir os recursos exclusivamente entre os sócios e não aplicar novamente na sociedade, de maneira a impedir de cumprir normalmente suas finalidades (TOMAZETTE, 2008).

Porém, nem sempre o reconhecimento do abuso do direito, é configurado a partir de um comportamento que excede os limites ou do comportamento que apresenta desvantagem para terceiro. Nele o ato praticado de início é revestido de licitude, mas finaliza ilícito.

Os arts. 570, 670, 939 e 940, todos do Código Civil, como também os arts. 16,17 e 18 do CPC impõem restrições quanto aos comportamentos ilícitos, com finalidade de causar prejuízo a outrem.

O art. 1.180 do CC/02 requisita o sustento de livro diário, ao considerar a sua importância, por ter nele lançados as operações relativas à atividade de forma cronológica. Esse lançamento deve deixar claro: a data da operação; o valor do débito e do crédito; histórico sobre a operação registrada, incluindo o número da nota fiscal, cheque, terceiro envolvidos e entre outros.

Ao ocorrer algum tipo de escrituração informal, é conhecida como “caixa dois” ou *off records*, ou seja, operações que não constam nos registros. Se o mencionado ato foi realizado com o intuito de burlar o recolhimento correto de tributos, constitui crime, de acordo com o art. 1 da lei 8.137/90, como também art. 168, § 2 da lei de recuperação e falência de empresas, tipificado como contabilidade paralela.

A distinção entre fraude e o abuso do direito conforme Lautenschläger (2007, p. 108) reside no fato, em que:

[...] o autor da fraude contraria a própria conduta que a norma dissimulada impõe, o autor do abuso se comporta contrariamente ao fundamento axiológico do direito subjetivo em questão, isto é, afronta a sua finalidade econômica, social, a boa-fé ou os bons costumes (grifo nosso).

Com efeito, o direito deve ser exercido nos limites nos quais foram criados, sob pena de configurar uma ilicitude, no caso, o abuso de direito.

O acionista controlador é responsável pelos danos que vierem a ser causados em razão de atos praticados em abuso de poder, nesse sentido o art. 117 da lei das S/A, exemplifica várias formas de abuso.

O divisor de águas entre o abusivo e o permitido, é a utilização do poder para fazer com o que a companhia efetive o seu objetivo e execute a sua função social.

As práticas desses atos podem resultar não apenas a obrigação de indenizar, os danos causados, nas esferas morais e patrimoniais, mas também a nulidade do ato ou negócio jurídico, com base nos arts. 166, II, VI e VII do Código Civil.

A ação de reparação de danos causados pela sociedade controlada prescreve em três anos, a contar da data da publicação da ata que consentir com o balanço que se refere ao exercício no qual a violação ocorreu, com base no art. 287 da lei das S/A (MARTINS, 2010).

A fraude a lei é uma espécie do gênero que o ato abusivo constitui, tendo em vista, que autor da fraude abusa do direito, na qual a ordem jurídica o reconhece para acordar de maneira livre os negócios que entender motivados pelos seus interesses (CUNHA DE SÁ, 2005).

Em contrapartida, a simulação pode ser o meio astucioso de praticar a fraude, e ocorre quando o negócio demonstrar transmitir direitos pessoais diversos daquele que realmente foram transmitidos. O ordenamento jurídico julga como nulo de pleno direito, o negócio jurídico simulado.

Na simulação, a vontade declarada é ficta e enganosa, que não condiz com a vontade real dos declarantes, já na fraude, o ato é real e almejado da maneira que foi declarado.

Entretanto, na prática, não faz diferença se o devedor apenas simule ou que com a fraude, aliene ou onere seus bens em favor de terceiro, em ambos os casos o bem desaparece do patrimônio do devedor, e como consequência dificulta para o credor ver sua obrigação satisfeita. Sendo assim, a simulação pode ser considerada uma fraude, e se da simulação resulta ato prejudicial ao credor, o lesado tem a possibilidade de usar da pauliana ou então promover a execução dos bens (CAHALI, 2002).

Diante do exposto, a fim de sintetizar a configuração do abuso do direito, como sendo o comportamento com a finalidade de prejudicar outrem; como também no comportamento desprovido do caráter emulativo, que mesmo não produza vantagem ao autor, mas que é desvantajoso para terceiro; o comportamento que seja contrário aos valores, princípios e os nortes de conduta que constituem a unidade conceitual e valorativa do Código Civil (LAUTENSCHLÄGER, 2007).

4.3 Desvio de poder

A princípio se faz necessário distinguir o abuso do direito do desvio de poder, no qual segundo Antônio Bandeira de Mello, o desvio de poder é configurado “quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado” (2002, p. 359). Nesse sentido, fica perceptível que o liame divisor entre a configuração desses atos, possui caráter predominantemente subjetivo.

Nessa lógica, o desvio de poder seria um vício do ato administração que foi praticado no momento de efetivação dos poderes discricionários.

Ao partir desse ponto de vista, o art. 245 da lei 6.404/76 pretendeu delimitar a atuação dos administradores perante o grupo econômico:

Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

À vista disso, deve ser considerado abusivo quando ocorrer à subordinação do interesse particular de uma das sociedades em detrimento do interesse geral do grupo. Nesse mesmo sentido, está o art. 155 da mesma lei, que trata do dever de lealdade dos administradores das companhias, que vedam os administradores de causarem prejuízo a companhia em benefício de outrem.

Nessa acepção, cumpre destacar que a lei não veda as operações comerciais entre as sociedades coligadas, controladoras ou controladas, ao considerar que são pessoas jurídicas diversas. O que se almeja é que as operações entre elas sejam praticadas em bases rigorosas equivalentes, ou com pagamento compensatório adequado.

E caso os atos dos administradores infringirem o preceito do art. 245, ficam os administradores responsáveis de maneira solidária pelos prejuízos que forem causados em consequência do não cumprimento do dever imposto pela lei ou dos estatutos.

A ação de responsabilidade em razão dos prejuízos causados à sociedade é de atribuição da companhia, através de prévia deliberação da assembleia geral. Entretanto, se não for proposta ação no período de três meses da deliberação da assembleia geral, qualquer acionista terá legitimidade para tal, de acordo com o § 3º do art. 159 da lei das S/A.

Logo em seguida, no art. 246 da mesma lei, realça que a sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados por meio do desvio de poder. Nessa perspectiva, cabe aos acionistas da controlada a ação de reparação do dano.

Trata de prejuízos causados aos próprios componentes da empresa e pessoas de alguma forma relacionada. Sendo assim, há uma confusão entre os atos da sociedade controladora e os dos administradores, tendo em vista, que o acionista controlador age por intermédio dos administradores (MARTINS, 2010).

Todavia, o artigo não aborda os direitos dos terceiros credores, como se não pudessem ser lesados pela prática desses atos. Essa omissão quanto à garantia dos credores perante a subsidiária integral, corrobora para um cenário de insegurança para os credores.

Insta ressaltar, não ser suficiente a busca de um fim diverso do natural das sociedades para incidir a desconsideração, visto que, a utilização da pessoa jurídica para fins diversos pode ser válida, logo que os fins sejam lícitos.

Em meio a essa confusão patrimonial, que termina quase que inerente a grupos econômicos. Com relação aos ativos, cumpre esclarecer que o interesse individual de uma sociedade fica subordinado ao interesse geral do grupo de empresas filiadas. Sendo assim, termina que quase que inevitável à ocorrência de transferências de ativos de uma sociedade para outra, ou até mesmo uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas as empresas agrupadas (COMPARATO,1977).

Fato que merece ressalva, é que a lei 6.404/76 tem um capítulo específico dedicado às sociedades coligadas, controladoras e controladas, conforme art. 243 e segs., e outro aos grupos de sociedades, de acordo com os art. 265 e segs., mas

que por outro lado, não aborda sobre a responsabilidade do grupo perante os terceiros credores (COMPARATO, 1977).

4.4 Distância criada pela pessoa jurídica

A criação da personalidade jurídica cria um ente autônomo detentor de direitos e obrigações, que não se mistura com as pessoas naturais que integram. A limitação de responsabilidade como já mencionado, só acontece nas sociedades anônimas e sociedades limitadas.

Nessa perspectiva, a legislação identifica a pessoa jurídica como um mecanismo para o exercício empresarial por meio de propósitos legítimos. Entretanto, caso as finalidades sejam distorcidas, não deve subsistir a separação patrimonial entre ente detentor de personalidade jurídica e as pessoas naturais integrantes.

Desta forma, a desconsideração da personalidade jurídica seria uma forma de adaptar a pessoa jurídica aos fins para qual foi constituída, ou seja, vem a limitar e coibir o uso indevido deste privilégio.

Cumprido esclarecer, que com a desconsideração não há a extinção da pessoa jurídica, o que ocorre é que no caso concreto é a não consideração da limitação de patrimônio entre a pessoa jurídica e física para resguardar a satisfação de credores.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria maior subjetiva, que tem como pressuposto para a desconsideração, o desvio de função da pessoa jurídica (TOMAZETTE, 2008).

A pessoa jurídica não deve ser obstáculo para o ressarcimento. No momento em que a lei trata de responsabilidade solidária ou subsidiária ou até mesmo pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, não é necessário desconsiderar a empresa, para atribuir as obrigações aos sócios, tendo em vista que a responsabilidade do sócio já decorre da lei (AMARO, 1993).

Ao partir dessa ótica, é de suma importância esclarecer que em caso de desconsideração, o efeito não deve se estender a todos os sócios ou administradores, mas sim para os que possuam poder de controle, de gestão ou tenha participado ou se beneficiado em razão dos atos abusivos ou fraudulentos que determinaram a desconsideração (TOMAZETTE, 2008).

A desconsideração pode ser considerada uma ferramenta de aperfeiçoamento da pessoa jurídica, tendo em vista, que concilia a função da sua criação e impede o uso contrário ao direito.

No caso do controle patrimonial pela *holding*, o que se pretende é evitar que a fraude aconteça. Sendo assim, o pretendido foi entender os fundamentos do art. 50 do CC/02, não para propor como solução, mas para evitar a consumação da fraude.

A desconsideração não pode ser confundida com a responsabilidade dos administradores da sociedade, ao considerar que não apenas os sócios podem realizar atos contrários à lei ou abusivos, mas também os diretores e gerentes (GONÇALVES, 2009).

A responsabilidade ocorre da prática de um ato ilícito ou da má administração dos negócios, o que autoriza gerentes e administradores responder pela prática de atos pessoais que acarrete a responsabilidade ilimitada.

Na prática, não é o simples dano causado a credores ou a terceiros que autoriza a desconsideração, mesmo que os sócios possuam patrimônio capaz de adimplir as obrigações da sociedade. Deve ser estabelecido o nexos causal entre o dano e o uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica.

Ao considerar que quando a pessoa jurídica apresenta a forma de sociedade comercial, de maneira a agregar bens e serviços com o intuito de atingir fins comuns de interesse dos sócios, fica sujeito a função social da propriedade prevista na constituição, uma vez que, alcança bens e pessoas.

Caso a intenção é movimentar patrimônio através de atos e negócios jurídicos, seja por doação, alienação ou gravames que possam provocar redução de bens, ou inclusive não produzir patrimônio próprio, é difícil evidenciar quando essas movimentações ou suas ausências podem caracterizar fraude. Ao considerar que a princípio esses atos são legítimos (ANDRADE, 2017).

Com relação a grupo econômico, a jurisprudência de alguns países permite a extensão da responsabilidade da sociedade controlada a *holding*, e o contrário também. Como exemplo, os tribunais norte-americanos que aplicam como parâmetro a subcapitalização, para enfrentar a barreira da personalidade jurídica. (COMPARATO, 1977).

A sociedade controladora e suas controladas podem criar e fazer parte de um grupo de sociedades, por meio de convenção, no qual se comprometam a combinar recursos ou esforços para cumprir os objetivos, ou a participação de atividades ou

empreendimentos em comum. Entretanto, para isso ocorrer é imprescindível que exista uma relação de controle, não sendo suficiente a mera filiação ou participação (MAMEDE E MAMEDE, 2012b).

Por outro lado, se for constituído um consórcio entre as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, para a execução de algum específico empreendimento, ato conhecido como *joint venture*. Esse consórcio, não tem personalidade jurídica, não é necessário que as sociedades tenham o mesmo controle, ou que sejam coligadas.

Nesse sentido, as sociedades consorciadas apenas se obrigam nas condições previstas no contrato, ou seja, responde cada uma por suas obrigações, não ocorrendo presunção de solidariedade entre as consorciadas.

Em meios a variantes de responsabilização com relação aos sócios e a *holding*, quando os membros/sócios apresentam risco de responsabilidade civil, os bens não são atingidos diretamente, a não ser em casos no qual ocorrer o afastamento da personalidade jurídica da *holding*, ou seja, quando constatadas fraudes, desvio patrimonial em situação de insolvência e entre outras situações, como foi exposto.

Nessas situações, apenas será possível a penhora dos frutos e rendimentos que as quotas ou ações irão produzir ou as próprias quotas ou ações, que dificulta para o credor o adimplemento do crédito, inclusive a celeridade para sua obtenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente trabalho, que teve como fio norteador a dificuldade dos credores em terem seu crédito adimplido, através do uso interposto da *holding* pelo credor, para o controle do seu patrimônio.

A princípio foi analisado os tipos societários cabíveis na criação da *holding*, assim como a responsabilidade de seus sócios. Mesmo a *holding* sendo instituída pela lei de Sociedade por ações, nada impede que ela assuma outros tipos societários, sem ser a S/A.

É nítido que não existe um formula mágica com o melhor tipo societário, deve ser analisado cada caso, as peculiaridades e as formas de responsabilidade pretendidas pelos sócios, para só assim, identificar o mais adequado.

A *holding* tem como atribuição de maior destaque, o poder de controle, pode ser inclusive sobre um grupo empresarial, ao considerar que, pode atuar no comando econômico do grupo, que controla as subordinadas por meio de participações no seu capital, inclusive ser titular de bens e direitos. Essas participações podem acontecer de formas radiais, piramidais ou circulares. Entretanto, existem vários tipos de *holding*, como a pura; de controle; de participação; de administração; mista; patrimonial e imobiliária.

A atuação da *holding* pode ser direcionada para resguardar os interesses de seus acionistas, por meio de atuação em várias empresas e negócios; como também assumir o papel de acionista principal das empresas afiliadas, podendo, inclusive, ter a responsabilidade administrativa dos negócios; adotar uma postura de administrar o portfólio de investimentos do grupo empresarial; realizar serviços centralizados às empresas do grupo, atuando na administração corporativa; e ainda representar o grupo empresarial de forma estruturada e homogênea, de maneira a proporcionar uma administração centralizada e eficiente.

A *holding* possui uma variedade de vantagens para o seu criador, que no estudo em questão foi o devedor. Dentre eles a redução de custos, ao considerar o planejamento centralizado do grupo econômico ou controle dos bens, o confinamento dos conflitos pessoais, de forma a evitar futuros litígios judiciais, como também possibilitar maior espaço e oportunidade aos filhos com vocações

diferentes, em razão da facilidade de apoio da *holding* em diversos investimentos, independente da área, movido pelo afeto familiar.

Em que pese ser uma boa ferramenta para efetivação desses direitos. Entretanto, a depender do seu uso, pode dificultar bastante o credor de ter o seu crédito satisfeito, em razão da distância processual que o uso da *holding* pode acarretar.

A participação no capital de outras empresas na atuação da *holding*, deve ser limitada a ação do controlador para atos incomuns ao objetivo social dessa pessoa jurídica. Tendo em vista, a facilidade de confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada.

Essa arquitetura societária, permitida uma movimentação de ativos dentro do grupo societário, mas que, todavia, não é estabelecido por lei, um limite para tal movimentação. O que colabora para uma confusão patrimonial entre as empresas do grupo e a *holding*.

A possibilidade de utilização de cláusulas restritivas, como uma tentativa de blindagem patrimonial, com o intuito de fugir dos problemas com cônjuges e companheiros, de maneira a excluir da comunhão, é algo bastante problemático. Todavia, cumpre esclarecer que os frutos nesses casos não podem ser excluídos.

Diante da dificuldade encontrada pelo credor, se faz necessário entender à atuação de um *holding*, para saber o que seria permitido, e em consequência perceber o liame que distingue as ações ilícitas, fraudulentas e abusivas do direito.

A princípio o CC/02 não estabelece um conceito explícito de fraude. Diante desse silêncio normativo, algumas ações vêm sendo consideradas fraudulentas. Cumpre esclarecer, que existem três pressupostos para caracterizar a fraude civil contra credores, dentre eles, os elementos subjetivos, a lesão e a anterioridade do crédito tutelado, e como elemento subjetivo, o intuito de fraudar.

Nesse sentido, estão às fraudes contábeis, os desvios de bens e receitas, e ainda o ato de dissimular prejuízos ou lucros. Contudo, a grande dificuldade para os credores, é justamente a comprovação da prática desses atos para ocorrer uma intervenção e isso se torna mais difícil ainda, para as situações creditícias que não estavam estabelecidas no momento da fraude.

Assim, se faz necessário como instrumento para apuração da prática de fraudes, o estabelecimento de uma rigorosa auditoria contábil.

Em relação ao abuso do poder, é considerado ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Pois, quando ocorre movimentação de ativos entre empresas de forma deliberada pela *holding* que as controla, cuja finalidade seja negar ou dificultar o interesse de outrem, é um ato abusivo. Fica caracterizada a abusividade, apenas com a comprovação de uma desvantagem para terceiros. E em razão disso não cumpre o fim social. Tal fato, também ocorre na subcapitalização.

O liame entre o abusivo e o permitido, é a utilização desse poder para fazer com a pessoa jurídica confirme o seu objetivo e execute a sua função social.

No tocante ao desvio de poder, esse ocorre quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado, mas para isso o fim deve ser ilícito. Em razão disso a lei das S/A procura delimitar a atuação dos administradores perante o grupo econômico e impor responsabilidade, em razão do desvio.

Entretanto, a lei é omissa quanto os direitos dos terceiros credores, como se não pudessem ser lesados pela prática desses atos.

Pode-se, concluir que há uma necessidade de uma tutela do crédito, que independa da natureza e do momento de sua constituição, a fim de garantir os direitos não apenas dos credores já constituídos, como também os futuros. Como também, maior controle nas formas de disposição da *holding*, tendo em vista, que a sua atuação deve estar estritamente ligada a sua função social. Com o intuito de desvincular o instituto da ideia de uma ferramenta legitimada para o cometimento de fraudes, que acontece por intermédio do abuso do direito praticado pelo devedor nos atos de disposição da *holding*.

E em relação ao devedor, é de suma importância à atuação do advogado para redigir e alterar de maneira adequada o estatuto, cláusulas e documentos, para possibilitar movimentações seguras, que não burlem os direitos e garantias de terceiros. Para então, termos uma sociedade mais justa, no qual o próximo é respeitado.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006.
- AMARO, Luciano. **Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo, nº 5, jan/mar. 1993
- ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **Fraude contra credores futuros**: a tutela dos credores à luz da lei de falência e recuperação de empresas. Curitiba: Juruá, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**, 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BRASIL. **Lei n. 6404/76, de 15 de dezembro de 1976**. Regulamenta as sociedades por ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 12 Nov. 2019
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 Mai. 2019.
- CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra credores**: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. **S A**: O poder de controle na sociedade anônima. 2. Ed. Refundada e adaptada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. 1 ed., 5 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcanti. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.
- LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco Lodi. **Holding**. 4. ed.rev. e atual. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta Mamede. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Separação, divórcio e fraude na partilha de bens**: simulações empresariais e societárias. São Paulo: Atlas, 2010.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário: sociedades simples e empresárias. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. 4 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio**: uma abordagem prática. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Método, 2015.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. 2. ed. Reimp. Lisboa: Almedina, 2005.

SANTOS, Ana Bárbara Moraes; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Planejamento sucessório e societário**: a holding familiar e a governança corporativa. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 988, p. 285-318, fev. 2018.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da pessoa jurídica**: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2008.