



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A FRAUDE COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE
DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM HOLDINGS
FAMILIARES

Victor Hugo Curi Carneiro

Rio de Janeiro
2023

VICTOR HUGO CURI CARNEIRO

A FRAUDE COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE
DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM HOLDINGS
FAMILIARES

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:
Ubirajara da Fonseca Neto
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

A FRAUDE COMO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM HOLDINGS FAMILIARES

Victor Hugo Curi Carneiro

Graduado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado

Graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Historiador

Resumo – O presente trabalho busca analisar, sem a pretensão de esgotar o tema, as repercussões da implementação da Lei de liberdade econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) para a desconsideração inversa da personalidade jurídica em Holdings familiares, sobretudo no que tange a necessidade da caracterização da fraude como elemento subjetivo para sua aplicação.

Palavras-chaves – Direito Processual Civil. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. Holding Familiar. Fraude à Execução. Fraude Contra Credores. Lei de liberdade econômica

Sumário – Introdução. 1. Conceituação de Holding familiar e Desenvolvimento histórico no ordenamento jurídico brasileiro. 2 Da desconsideração inversa da personalidade jurídica: jurisprudência e aplicação no CPC/15. 3. A fraude como elemento subjetivo necessário para a desconsideração da personalidade jurídica inversa. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar de maneira objetiva, sem a pretensão de esgotar o tema, a necessidade do elemento subjetivo fraude para a desconsideração da personalidade jurídica inversa, prevista no Art. 133, §2º do CPC, sob a égide das reformas implementadas pela lei nº 13.874/2019, que instituiu a Lei de liberdade econômica.

Para tanto, a pesquisa aborda as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a mapear os critérios objetivos adotados pelos tribunais superiores a fim de analisar os conceitos de *Holding* familiar, bem como sua utilização para alocação patrimonial ilícita; Compreender a aplicação das teorias da desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica do CPC, CLT e CDC e Analisar o posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema, mapeando inconsistências que podem levar à insegurança jurídica.

Tal assunto se faz necessário, à medida que A lei nº 13.874/2019 alterou a redação dos Arts. 49-A e 50 do Código civil, estabelecendo um rol de hipóteses para a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, além de defender a alocação patrimonial da sociedade. Nesse sentido, surge-se questões como: é possível conciliar a segurança jurídica da autonomia patrimonial da Pessoa jurídica, previsto no Art. 49-A, com a efetividade da execução

frente a alocação patrimonial ilícita, nos termos do Art. 50, ambos do CC/02? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que a fraude é um elemento subjetivo necessário à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica inversa? O tema é controvertido, razão pela qual se faz fundamental mapear o posicionamento dos tribunais superiores sobre a questão.

Trata-se de matéria significativamente extensa, razão pela qual, a delimitação do objeto da presente análise restringe-se a aplicação do incidente processual, em sua modalidade inversa, sobretudo em holdings familiares, em razão dessas serem uma maneira lícita e difundida de alocação e planejamento patrimonial e sucessório, não estando imune, entretanto, a ilicitudes.

Inicia-se o primeiro capítulo a partir da apresentação do papel da holding familiar no planejamento patrimonial e sucessório bem como de sua utilização mais obscura, sobretudo ensejando aplicações fraudulentas dessa modalidade de planejamento patrimonial.

O segundo capítulo objetiva uma análise sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica com ênfase em sua modalidade inversa. Para além, buscar analisar as mudanças implementadas pela lei de liberdade econômica, bem como trabalhar o debate doutrinário entre a teoria maior e menor da desconsideração e sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, o Terceiro capítulo analisa a fraude como elemento subjetivo necessário para a aplicação do incidente processual ora analisado a partir dos elementos constitutivos da fraude, nos termos do Art. 50, §1º do CC/02. Para tanto, é realizada uma extensiva análise jurisprudencial sobre o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. CONCEITUAÇÃO DE HOLDING FAMILIAR E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de nos aventurarmos na definição de *Holding* familiar, é imperativo compreendermos o conceito de *Holding company* , termo ânglico que, em linhas gerais, é utilizado para caracterizar pessoas jurídicas - sociedades empresariais - que detém participação societária em outra ou em outras sociedades, tendo sido constituída exclusivamente para isso, ou não.¹

É critério impositivo, entretanto, pontuar que a *Holding* não configura tipo societário específico, mas uma definição que leva em conta a finalidade a que a sociedade empresária, que poderá se constituir sob as várias formas autorizadas em lei, se destina.

A organização da *Holding* pode ter diferentes finalidades que ensejam distintas classificações para além da primeira aqui analisada. Ainda podemos verificar as seguintes espécies de *Holding* :

a) *Holding* de controle: sociedade de participação constituída para deter o controle societário de outra ou de outras sociedades. b) *Holding* de participação: sociedade de participação constituída para deter participações societárias, sem ter o objetivo de controlar outras sociedades. c) *Holding* de administração: sociedade de participação constituída para centralizar a administração de outras sociedades, definindo planos, orientações, metas etc. d) *Holding* patrimonial: sociedade constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio. É também chamada de sociedade patrimonial. e) *Holding* imobiliária: tipo específico de sociedade patrimonial, constituída com o objetivo de ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação.²

A *Holding* familiar, por sua vez, não representa uma espécie autônoma, mas uma contextualização da formação da sociedade que, normalmente, se institui no seio familiar a fim de otimizar o planejamento patrimonial, a administração de bens, a otimização fiscal, a sucessão hereditária etc.

Trata-se, portanto, de sociedade patrimonial criada com a participação do fundador e seus descendentes. Conforme bem explicam Redecker e Bondan:

Constituída a sociedade, integraliza-se o capital dessa sociedade com todo o patrimônio do genitor, seja em quotas ou ações de outras empresas das quais é sócio, seja em bens móveis ou imóveis. Recomenda-se que o patrimônio do fundador que não estejam diretamente envolvidos na empresa familiar seja objeto de criação de uma

¹ MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C. *Holding familiar e suas vantagens* . são paulo: Atlas, 2021. p. 33

² *ibidem* . p. 19.

*Holding patrimonial para gestão de bens para evitar o comprometimento deste patrimônio com a Holding operacional.*³

Tal formação societária pode proporcionar a organização adiantada da sucessão familiar, bem como o melhor aproveitamento do patrimônio e o planejamento tributário/fiscal, inclusive com economias substanciais além viabilizar a contenção dos conflitos familiares ao âmbito do direito societário.⁴

Quanto a esse último, o direito societário evoluiu historicamente com o propósito de impedir que eventuais desavenças entre os sócios possam pôr em risco a organização produtiva. Logo, quando da confecção de uma *Holding* familiar, a transmutação da natureza jurídica das relações mantidas entre familiares de modo a estas não se sujeitarem mais ao direito de família, mas ao direito societário mitiga os riscos e preserva o patrimônio familiar.⁵

No que concerne a evolução histórica do instituto, a capacidade de uma companhia ter por objeto a participação em outras sociedades foi disposta pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Art. 2º, §3º da Lei nº 6.404/76.⁶ Em 1978, o conceito se fez presente timidamente na resolução 469 do banco central, de 07 de abril de 1978⁷ e o próprio governo passou a gozar dos benefícios do modelo ao instituir a Telebrás, Eletrobrás etc. e passou a incentivar a constituição no setor privado através do Finac, Procap e outros órgãos afins.

A constituição da *Holding* exclusivamente para benefícios, não raramente, moralmente reprováveis, de modo que o termo foi relacionado, durante muito tempo, quase como um “delito econômico”. Sobre o assunto, Edna Pires Lodi e João Bosco Lodi, em seu livro *Holding* afirma: “A visão antiga considerava a simples palavra *Holding* como delito econômico, eivada de objetivos sinistros e cercada de mistérios, manipulação do capital fictício, somente para fins fraudulentos.”⁸

³REDECKER, A. C.; BONDAN, H. K. A holding familiar como instrumento de efetivação do planejamento sucessório. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 63, p. 45-90, jan 2015. disponível em: <<https://rkladvocacia.com/holding-familiar-como-instrumento-de-efetivacao-do-planejamento-sucessorio/>>.

Acesso em 09 jul. 2023, p. 80.

⁴REZENDE, E. N.; OLIVEIRA, M. M. S. D. *A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica das holdings familiares*. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 2, p. 110-126, jul 2019. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/35147>>. Acesso em: 10 jul. 2023, p. 116.

⁵MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C. *Op. Cit.* Nota 1. Pp. 86-87.

⁶BRASIL. Lei nº 6.404/76. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 14/06/2023

⁷BRASIL. resolução 469/79 do banco central. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1966/pdf/res_0025_v3_L.pdf>. Acesso em 14/06/2023.

⁸ LODI, E. P.; LODI, J. B. *Holding*. 4º ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 75

A partir da década de 80, o governo começou a cercear os benefícios tributários das *Holdings*. Tal processo ensejou os Arts. 4º e 20 do DL nº 2.065/83, além da Lei nº 7.450/85, que alterou o imposto de renda. Nesse sentido, há de se falar em um longo processo de purificação de seu passado escuso, além de uma busca por sua real identidade e verdadeiras funções.

Com o passar do tempo, as esgrimas tributárias levaram a *Holding company* a ser uma empresa igual a qualquer outra e a constituição de 1988 acabou por coroar o “processo purificador” a partir dos Arts. 170 e 226 (legisla sobre os princípios gerais das atividades econômicas e sobre a organização familiar, respectivamente). Nesse sentido, a *Holding* passou ser uma relevante solução no direito de família relacionada, sobretudo com temas como: Sucessão, imposto sobre transmissão de bens causa mortis e doação, administração patrimonial, contenção de disputas familiares, planejamento tributário, etc.

A qualidade da gestão patrimonial proporcionada pelas *Holdings* familiares não passou despercebida ao público e o interesse em aplicar esse modelo societário teve um aumento vertiginoso nas primeiras décadas do Séc. XXI. Sobretudo em um contexto da crise do setor imobiliário deflagrada em 2008. Nesse aspecto, a mitigação de riscos assegurada pelo bom planejamento patrimonial foi fator chave para a perpetuação da atividade empresária no Brasil, bem como a manutenção do rodar da economia.

É claro que, junto com esse aumento, a busca da *Holding* familiar como instrumento facilitador da fraude à execução (Art. 161, CC; Art. 593 CPC/15⁹ Art. 179, CP; Art. 168 da Lei 11.101/05) também cresceu. De fato, atualmente não é difícil encontrarmos falaciosas fórmulas mágicas envolvendo a organização societária aqui estudada para proteção patrimonial, inclusive na fraude contra credores.

Quanto a esse último tema, que inclusive é extremamente pertinente para a análise do presente trabalho, o legislador foi categórico ao limitar a autonomia patrimonial em casos de abuso da personalidade jurídica na antiga redação do Art. 50 do CC/02. Todavia, muito em função do subjetivismo dessa, passou-se a considerar o tema, como “solução mágica” de modo que passou a permear o imaginário daqueles que intendiam se utilizar da *Holding* familiar com a finalidade de agir de má fé.

Nesse sentido, o Art. 133, §2º do CPC/15¹⁰ coroou o vasto entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação do Art. 50 do CC/02 na hipótese inversa do incidente de

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 jun. 2023

¹⁰ BRASIL. Op.Cit. nota 9

desconsideração da personalidade jurídica, fato que legitimou a aplicação do incidente nos abusos realizados por pessoas físicas que utilizavam a personalidade jurídica como instrumento viabilizador da fraude.

A nova redação dada ao código civil a partir da Lei 13.874/19, instituiu a lei da liberdade econômica, além de legitimar, ao introduzir o Art. 49-A, a autonomia da personalidade jurídica como instrumento de proteção a fim de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação. Também reduziu o subjetivismo do Art. 50, ao trazer em seus parágrafos e incisos, hipótese mais concretas sobre a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de abuso da personalidade jurídica.¹¹

A partir dessas mudanças, percebe-se que um ponto capital da nova redação dada ao Art. 50 do CC/02¹² é a limitação do incidente de desconsideração a certas e limitadas relações obrigacionais. Em outras palavras, o legislador, em consonância com o Art. Pretérito, reafirma a autonomia patrimonial da PJ. Nesse sentido, a implementação de políticas liberais, ao que tudo indica, proporciona um novo capítulo, a ser desvendado, no que tange a utilização das *Holdings* familiares, sobretudo em contexto de administração patrimonial.

2. DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA: JURISPRUDÊNCIA E APLICAÇÃO NO CPC/15

O direito empresarial brasileiro tem como referência o princípio da autonomia patrimonial, pelo qual se reconhece a independência entre os patrimônios do(s) sócio(s) e da pessoa jurídica da qual ele(s) faz(em) parte. Em outras palavras, conceber a autonomia entre os patrimônios dos sócios e da sociedade implica em admitir que os referidos patrimônios são distintos e dissociados um do outro, o que, em última instância, viabiliza a limitação da responsabilidade dos sócios. Nesse sentido, como desdobramento do referido princípio, tem-se, ainda, que as dívidas contraídas pela sociedade não dizem respeito e (em regra) não afetam o patrimônio pessoal dos sócios, e vice-versa.¹³

¹¹ CALURI, L. N. A desconsideração da pessoa jurídica e a lei de liberdade econômica. *revista brasileira de direito civil em perspectiva*, Florianópolis, v. 6, p. 59-75, jul/dez 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7141>>. Acesso em: 09 jul. 2023.

¹²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2023

¹³ REZENDE, Elcio Nakur; OLIVEIRA, Marcelle Mariá Silva de. *Op. Cit.* Nota 4.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio positivou, tanto no Código Civil, em seu Art. 50¹⁴, como no Código de Processo Civil em seu Art. 133¹⁵ e seguintes, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard doctrine*), modalidade de intervenção de terceiro que busca afastar a personalidade jurídica de determinada sociedade a fim de que a responsabilidade objetiva passe a alcançar seus sócios.

Em termos históricos, as discussões acerca da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil foram introduzidas a partir do discurso de Rubens Requião no ano de 1969 na Universidade Federal do Paraná. A partir de então a jurisprudência e a doutrina tem labutado com afinco, embora ainda represente um instituto extremamente excepcionado nas decisões dos tribunais brasileiros.

Sua positivação fora efetivada em 1990, a partir da criação do Código de defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90 que, em seu Art. 28, adotou o entendimento de que o IDPJ deveria incidir sobre qualquer caso em que a personalidade jurídica representasse impedimento para o adimplemento da obrigação. Em outras palavras, o CDC optou por remover o elemento subjetivo da equação e estabeleceu como requisito a simples demonstração de insuficiência patrimonial da sociedade, quando, de alguma forma, a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Posteriormente, o Código Civil de 2002¹⁶, em seu Art. 50, instituiu as práticas de tribunais, ainda que não estivesse previsto no Código de Processo Civil de 1973. O CPC de 2015¹⁷, por sua vez, em seu Art. 133 instituiu não a previsão processual do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como ainda estabeleceu a possibilidade da aplicação da forma reversa. Para tanto, observa-se que o CC/02, adotou a teoria maior, defendida por Rubens Requião em 1969. Tal linha de pensamento prevê que o elemento fundamental para a superação da autonomia patrimonial das sociedades empresárias é a necessidade da demonstração de fraude ou abuso do direito.¹⁸

Nesse sentido, o tratamento que o Código Civil de 2002¹⁹ dá, ao adotar a teoria maior para a aplicação do IDPJ é muito mais rigoroso que o previsto no código de defesa do Consumidor, uma vez que esse não objetiva combater o simples prejuízo material, inerente ao

¹⁴BRASIL. *Op.Cit.* Nota 12

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 jun. 2023

¹⁶ BRASIL. *Op. Cit.* Nota 12

¹⁷ BRASIL. *Op.Cit.* Nota 9

¹⁸ RODRIGUES FILHO, O. J. *desconsideração da personalidade jurídica e processo de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 63.

¹⁹ BRASIL. *Op. Cit.* Nota 12

risco da atividade comercial; mas sim o abuso, o excesso, a fraude à lei ou ao contrato que desvinculam a atuação da pessoa jurídica de sua função social, produzindo a violação de direito que o ordenamento jurídico reputa mais valioso do que aquele relativo à personificação, sendo ele indisponível ou até mesmo disponível.

O Art. 50²⁰, por sua vez, ao pontuar a necessidade de “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”, acabou por positivizar os requisitos fundamentais para a aplicação da teoria maior do incidente de desconsideração, seja em sua forma tradicional ou na modalidade inversa.

Ainda nesse sentido, a partir da MPV 881/19, convertida da Lei 13.874/19, que dentre outras modificações, alterou a redação do Art. 50 do Código Civil²¹ para: a) limitar os efeitos da desconsideração aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso; b) a caracterização do desvio de finalidade como utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos.

Tal redação legal estreitou e excepcionou ainda mais a aplicação da desconsideração no que tange as questões de direitos obrigacionais, e, inspirando -se na teoria de Serik, continua a se vincular as questões de abuso de direito. No entanto, é imperativo pontuar que o Código de Defesa do Consumidor não acompanhou tais alterações e segue adotando a teoria menor, fato que leva a insegurança jurídica, cria óbices para aquele que quer empreender honestamente e, tecnicamente, acaba por classificar a *disregard* como uma espécie de panaceia como se a técnica fosse apta a resolver qualquer problema causado por uma sociedade personificada.

Em outras palavras, o legislador, se posicionou pela autonomia patrimonial do ente dotado de personalidade jurídica e, limitou as hipóteses em que ocorrem a desconsideração à necessidade de se comprovar “o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.” Nesse sentido, Serik é claro ao apontar que se exige, para a configuração da *disregard*, o dolo do agente. Ou seja, a prática de ato ilícito consciente, a medida que a pessoa jurídica não existe para permitir seja utilizada para fins ilícitos ou escusos, mas para garantir o tráfico jurídico da boa-fé”²².

Já o Código de Processo Civil de 2015, conforme pontua Negri, não apresentou novos pressupostos para a aplicação técnica da desconsideração, Em verdade, o que se teve, fora a

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² SERIK, R. *Aparência y realidad em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de las persona jurídica*. Barcelona: ediciones Ariel, 1958, p. 52.

remissão à antigas divergências já pacificadas. É imperativo pontuar também que o STJ entende o instituto como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferido nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios em desfavor de que foi superada a pessoa jurídica, hipótese em que basta a defesa apresentada a posteriori, mediante embargo, impugnação ao cumprimento de sentença e exceção de pré-executividade.²³

A *disregard doctrine*, permite ao juízo, diante do caso concreto, suspender os efeitos que decorrem da personalidade jurídica. Entretanto, na hipótese do agente da conduta abusiva ser a pessoa física ser o agente da conduta abusiva, existe a previsão legal do patrimônio da pessoa jurídica responder pelas obrigações pessoais do sócio. Trata-se do incidente de desconsideração de personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que, para o presente trabalho se mostra mais efetivo na mitigação das fraudes em *Holdings* familiares.²⁴

Nos últimos anos, a desconsideração inversa tem sido utilizada com certa timidez pelos tribunais e, alguns casos se destacam pelo uso relativamente pacificado, em geral em ações de família, sobretudo, as que envolvem uma evidente tentativa de camuflagem patrimonial que culmina com a confusão dos bens entre o alimentante e a sociedade que detém suas propriedades, conforme Agravo de Instrumento nº 817956/SC 2010.081795-6.²⁵

Para além, e em fraudes à meação de bens entre cônjuges, hipótese em que a sociedade é utilizada para fins escusos no intuito de prejudicar direito do outro cônjuge e, dessa maneira, ressalvar direitos proveniente do regime de bens acordado.²⁶ Não obsta pontuar que tal utilização da *Holding* familiar é ilícita e passível de desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme Agravo de Interno no Recurso especial nº 1243409 PR 2018/0025511-7, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão do STJ.

Entretanto, sua aplicação não se limita ao direito de família e há precedente jurisprudencial da aplicação no direito das obrigações, sobretudo no que tange a fraude contra credores. Antes de adentrar tal seara, é imperativo pontuar que reiteradamente o STJ, adotando a teoria de Serik²⁷, entendeu a desconsideração como medida excepcional e os tribunais brasileiros têm entendido que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica exige que os requisitos do Art. 50 do Código Civil²⁸ estejam satisfeitos, ou seja, deve haver o abuso

²³ NEGRI, S. M. C. D. Á. Pessoa jurídica e planejamento sucessório: O risco da desconsideração. In: TEIXEIRA, D. C. *Arquitetura do Planejamento sucessório*. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 351 - 360.

²⁴ *Ibid.* p.353.

²⁵ BRASIL. Tribunal de justiça de Santa Catarina. *AGI*. 817956/SC 2010.081795-6. Relator. Carlos Prudêncio. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/20811706>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

²⁶ *Ibid.* p. 357.

²⁷ SERIK, Rolph. *Op. Cit.* p. 52.

²⁸ BRASIL. *Op. Cit.* Nota 12

da personalidade jurídica através da confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, que culminem na insolvência do sócio, à exemplo, toma-se o Agravo Interno nº 00786111620138260000 SP 0078611-16.2013.8.26.0000.²⁹

3. A FRAUDE COMO ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA

A fraude contra credores, De acordo com Orlando Gomes³⁰, ou fraude pauliana, é um instrumento do direito material pela sua previsão expressa do Art. 158 ao 165, do Código Civil³¹, cujo caminho é o de proteger, defender e preservar os direitos e interesses creditícios.

Essa fraude se concretiza quando o devedor, tentando prejudicar seus credores, esvazia ou diminui seu patrimônio de modo a dificultar o pleno alcance dos créditos devidos. Entretanto, dois são os requisitos para caracterizá-la.

A estrutura científica da fraude pauliana alicerça-se na consecução de dois elementos: o "*eventus damni*" e o "*consilium fraudis*". O "*eventus damni*", segundo Silvio Rodrigues, é todo o ato prejudicial ao credor, quer por tornar o devedor insolvente, quer por ter sido realizado em estado de insolvência³²; O *consilium fraudis*, por sua vez, é a consciência do devedor de que seu ato prejudicará o credor, ato que não mais se confunde com a má-fé.

No que tange ao primeiro, o conluio fraudulento trata de um acordo entre aquele que dispõe o bem e aquele que o adquire, trata-se da má fé subjetiva do ato praticado. Essa, não se presume e há a necessidade probatória. A segunda, por sua vez, busca materializar o prejuízo causado ao devedor em decorrência do negócio jurídico praticado em conluio. Nesse sentido, no que tange à fraude contra credores, o professor Flávio Tarttuce³³ pontua que não havendo tais requisitos, não há que se falar em anulabilidade do ato celebrado, para os casos de negócios onerosos, como na compra e venda efetivada com objetivo de prejudicar eventuais credores.

Deve-se, entretanto, assinalar que a fraude pauliana não se confunde com a fraude à execução, sobretudo no que tange a dilação probatória do conluio fraudulento. Neste segundo gênero, a presença do *eventus damni*, quando praticado na vigência da execução ou do

²⁹ BRASIL. Tribunal de justiça de São Paulo. *AI 2150654-09.2016.8.26.0000 SP 2150654-09.2016.8.26.0000*. Relator. Renato Rangel Desinano. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/380354428>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

³⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 430-431.

³¹ BRASIL. Op. Cit. Nota 12

³² RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 34 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, I: Lei de introdução e parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 133

cumprimento de sentença, é suficiente para configurar a fraude. Esse é o elemento objetivo fundamental para ambas as hipóteses de fraude aqui trabalhadas. Trata-se do prejuízo material do credor ocasionado em razão de ação do devedor. Em outras palavras, consiste em deixar o devedor em condição de insolvência com relação a obrigação constituída com o credor.

Tal elemento tem natureza objetiva pois não leva em consideração a intenção ou conhecimento do devedor acerca das consequências de suas ações, mas analisa de forma imparcial se a realização de um negócio jurídico com terceiro ocasionara prejuízo ao credor.

Dessa forma, o elemento objetivo acaba por ser a peça fundamental no incidente processual de fraude a execução e na fraude contra credores, uma vez que esse imperativamente integra o arcabouço capaz de viciar o negócio jurídico causador da insolvência, tornando-o anulável ou nulo de pleno direito.

O conluio fraudulento, por sua vez, figura como elemento subjetivo necessário na fraude contra credores, demandando a constituição de um rol probatório robusto para sua configuração.

No que tange a aplicação dos conceitos ora apresentados na desconsideração da personalidade jurídica das *Holdings* familiares, o desvio de finalidade, descrito como elemento essencial para a aplicação do incidente processual prevista no Art. 50 do CC, associa-se com ambas as hipóteses de fraudes, porém com implicações particulares para cada.

A fraude contra credores é instituto de direito material prevista nos Arts. 158 – 165 do CC/02. trata-se de hipótese de transferência patrimonial para a pessoa jurídica a fim de instituir uma linha obscura de defesa patrimonial para omitir bens em fase pré-processual. Nesse cenário, o elemento subjetivo, conluio fraudulento, é imperativo para a configuração do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica inversa. Trata-se, portanto, de ato anulável (não nulo), em que a ação Pauliana é instrumento capaz de desconstituir o negócio. Sendo assim, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência, a fraude contra credores seria um ato válido, porém inoponível ao credor.

A fraude à execução, por sua vez, é incidente do direito processual e tem implícita em si a pretensão de frustrar o direito e expectativa de um credor. Essa nos apresenta uma transferência patrimonial para a Pessoa Jurídica o qual figura como sócio, durante o desenrolar processual, em especial na fase de execução ou cumprimento de sentença. Nesse cenário, há a presunção excepcional de má-fé subjetiva desde que respeitados o disposto no enunciado da súmula 375 do STJ c/c as hipóteses de desconsideração do Art. 792 do CPC³⁴.

³⁴ BRASIL. *Op.Cit.* Nota 9

Notadamente, o entendimento da corte superior de justiça não descarta a *consilium fraudis* como elemento subjetivo na fraude a execução, mas delimita os meios probatórios necessários para a responsabilização de terceiros, incluindo *Holdings* familiares constituídas meramente para a administração patrimonial. No que tange a fraude contra credores, por sua vez, o elemento subjetivo não se presume tendo esse que ser provado a fim de configurá-la.

No que tange a repercussão da configuração da fraude, seja contra credores ou à execução, no âmbito das *Holdings* familiares; essa se demonstra mais gravosa do que em sua aplicação tradicional pois transcende a mera anulabilidade do negócio jurídico praticado e serve como elemento probatório para o incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade. Em outras palavras, a simulação enseja elementos para a responsabilização da sociedade por dívidas contraídas por um de seus sócios.

Vale pontuar que na fraude contra credores, ainda, é necessário delimitar esse marco temporal, tendo em vista que, enquanto o CPC (Art. 792, §3º)³⁵ diz que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”, a doutrina entende que esse termo é muito abrangente. Isso pois, pode ser que haja um processo de conhecimento em trâmite, mas a pessoa jurídica só venha a praticar atos que configurem a desconsideração anos depois.³⁶

Nesse sentido, o marco cronológico é fundamental para fundamentar a existência do elemento subjetivo. Afinal, O ordenamento jurídico pátrio não veda a constituição de uma sociedade limitada para fins de alocação patrimonial, desde que o faça sem intender motivos obscuros e antes de assumir quaisquer dívidas de modo a ficar insolvente. Nesse sentido, o provimento do AI: 22738369020208260000 SP 2273836-90.2020.8.26.0000³⁷ nos dá uma aula tanto acerca dos elementos necessários para a desconsideração inversa quanto da importância do marco temporal para a configuração da fraude.

Ainda, o acórdão corrobora também com o entendimento de que a natureza subjetiva do ato é elemento fundamental para a configuração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Art. 50, §1º do CC³⁸.

³⁵ BRASIL. *Op.Cit.* Nota 9

³⁶ SILVA, Nayara Luiza Bittencourt. *A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil Brasileiro e a Lei da Liberdade Econômica*. 2021. p. 47

³⁷ BRASIL. Tribunal de justiça de São Paulo. *AI 2273836-90.2020.8.26.0000 SP 2273836-90.2020.8.26.0000*. Relator. Sandra Galhardo Esteves. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1157049112>>. Acesso em: 17 jul 2023.

³⁸ BRASIL. *Op.Cit.* Nota 12

Há de se levar em conta, também os meios probatórios para a aplicação do incidente processual, tema do presente trabalho. Sobretudo por se tratar, como já visto de medida excepcionalíssima em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, defende João Pedro de Souza Scalzilli, a prova deve ser contundente, robusta inequívoca, cabal e contundente e não meramente simples suspeitas de abuso da personalidade jurídica.³⁹

No que tange a confusão patrimonial, sobretudo em ações baseadas em provas indiciárias – Prova indireta – demanda um harto esforço quanto ao fato probando. Para tanto, há de se levar em conta o conjunto probatório a fim de caracterizar a confusão e o consequente abuso de finalidade.

Ainda há de se pontuar que na fraude contra credores, a comprovação da *consilium fraudis* é demasiadamente difícil – prova diabólica – fato que levou o STJ, no julgamento do REsp 1294462⁴⁰ que teve o TJ de Goiás como tribunal de origem, a considerar a *scientia fraudis*, ou seja, a comprovação do conhecimento, pelo terceiro adquirente, da situação de insolvência do devedor como elemento objetivo suficiente para a configuração do conluio fraudulento.

Já na fraude a execução, dispensa-se a *consilium fraudis*, bastando o *eventus damni* proveniente da alienação patrimonial do devedor, desde que devidamente registrada, conforme a súmula 375 do STJ e o Art. 792 do CPC⁴¹.

Para tanto, o agravo em recurso especial nº 1.495.035 – SP⁴² é categórico, sobretudo quanto ao posicionamento do STJ acerca do tema ora tratado no presente trabalho acadêmico, ao expor os requisitos fundamentais para a aplicação da desconsideração inversa a luz do Art. 50 do CC/02.⁴³

Imperativo é salientar, entretanto, que o prazo da ação pauliana, é decadencial e, por tanto não observa suspensão ou interrupção, conforme disposto no Resp nº 118.883/SP.⁴⁴

³⁹ SCALZILLI, João Pedro de Souza. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 105

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *REsp 1294462 GO*. Relator. Raul Araújo. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/893395308>>. Acesso em: 17 jul 2023.

⁴¹ BRASIL. *Op. Cit.* Nota 9

⁴² BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Agravo Em Recurso Especial nº 1.495.035 - SP (2019/0121741-6)*. Relator. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861484395/inteiro-teor-861484420>>. Acesso em 17 jul 2023.

⁴³ BRASIL. *Op. Cit.* Nota 12.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial nº 118883 SP 1997/0009417-0*. Relator. Salvo De Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19810437>>. Acesso em 17 jul 2023.

Todavia, no que tange ao incidente de desconsideração de personalidade jurídica, embora possa ser instaurado em qualquer momento processual, esse tem de respeitar o prazo de 5 anos, a partir da citação do polo passivo. Nesse sentido expõe Paulo Roberto Pegoraro Junior⁴⁵.

Nesse sentido, por analogia, A interpretação pode evoluir também no sentido do reconhecimento da prescrição da desconsideração da personalidade jurídica em matéria de processo civil, levando em conta o prazo prescricional do próprio direito material envolvido, a partir do contexto sumulado pelo enunciado 150 do STF.

CONCLUSÃO

A edição da Lei de liberdade econômica excepcionou ainda mais a incidência da desconsideração da personalidade jurídica inversa. Em fato, a disposição normativa prevista no Art. 50 do Código Civil, quando lida em consonância com o Art. 49-A do referido diploma legal, aumenta consideravelmente o espaço entre a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a sua responsabilização por dívidas contraídas por seus sócios.

Nesse sentido, ao delimitar o incidente de desconsideração ao desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, sendo essa segunda apenas uma extensão da primeira, o legislador implementa a necessidade da presença da fraude como elemento subjetivo necessário para a aplicação do incidente processual ora analisado, em especial a fraude contra credores conforme disposto no parágrafo 1º do Art. 50 do CC/02.

No que tange a aplicação do incidente de desconsideração de personalidade jurídica às *Holdings* familiares é fundamental a constatação de que houve o intuito fraudulento na constituição da sociedade empresária, vez que, o Código Civil abarcou a Teoria Maior da desconsideração inversa da personalidade jurídica, a qual exige o abuso da pessoa jurídica como elemento essencial para sua caracterização. Não se ignora a dificuldade prática de provar a existência do elemento subjetivo traduzido no dolo de fraudar, no entanto, não se permite a banalização da desconsideração da personalidade jurídica sempre que se constatar fracasso ou prejuízo material.

Para tanto, para obter êxito na aplicação do incidente processual, há de se constituir um arcabouço probatório robusto, sobretudo no que tange em ações baseadas exclusivamente em

⁴⁵JUNIOR, Paulo Roberto Pegoraro. A desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, n. 16, Pp. 437-448. Nov. 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16930>>. Acesso em 09 ago. 2023.

provas indiciárias a fim de impedir a banalização da desconsideração em nosso ordenamento jurídico e manter a segurança jurídica das pessoas jurídicas.

Ainda vale ponderar que as *Holdings* familiares, a depender do caso concreto, podem ser ferramentas de ponta no que tange ao planejamento patrimonial e sucessório. Todavia, essas não devem ser utilizadas para lesar o credor sob pena da pessoa jurídica responder pela dívida de seus sócios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. P. D. *Direito de empresa no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTAN, A. C.; ROSLINDO, C. L. D. C.; MOHR, G. A desconsideração da personalidade jurídica–disregard doctrine. *Jurisprudência catarinense*, Florianópolis, 89, 2001. 25-32. acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Lei nº 6.404*, de 15 de dezembro DE 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Decreto-lei n 2.065*, de 26 de outubro de 1983. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2065.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Lei nº 7.450*, de 23 de dezembro de 1985. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17450.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Lei nº 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Institui a Lei de liberdade econômica. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. acesso em: 14 jul. 2023.

_____. *Resolução 469/79* do banco central. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1966/pdf/res_0025_v3_L.pdf>. Acesso em 14 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Recurso Especial nº 118883 SP 1997/0009417-0*. Relator. Salvio De Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19810437>>. Acesso em 17 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Agravo em REsp nº 1.495.035 - SP (2019/0121741-6)*. Relator. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861484395/inteiro-teor-861484420>>. Acesso em 17 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *REsp 1294462 GO*. Relator. Raul Araújo. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/893395308>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. *AI. 817956/SC 2010.081795-6*. Relator. Carlos Prudêncio. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/20811706>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. Tribunal De Justiça De São Paulo. *AI 2150654-09.2016.8.26.0000 SP 2150654-09.2016.8.26.0000*. Relator. Renato Rangel Desinano. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/380354428>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

_____. Tribunal De Justiça De São Paulo. *AI 2273836-90.2020.8.26.0000 SP 2273836-90.2020.8.26.0000*. Relator. Sandra Galhardo Esteves. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1157049112>>. Acesso em: 17 jul 2023.

BUSATO, M. M. *holding familiar: vantagens sucessórias e tributárias*. Goiás: edri-puc, 2020.

CALURI, L. N. A desconsideração da pessoa jurídica e a lei de liberdade econômica. *revista brasileira de direito civil em perspectiva*, Florianópolis, v. 6, p. 59-75, jul/dez 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7141>>. Acesso em: 09 jul. 2023.

CHAGAS, D. H. S. D. A fraude contra credores e a fraude à execução. *scientiam juris*, Londrina, V. 9, Pp. 1-10, mar 2021. Disponível em: <<https://sustenere.co/index.php/scientiamjuris/article/download/CBPC2318-3039.2021.001.0001/2625>>. Acesso em: 09 jul. 2023.

COELHO, F. U. *Manual de Direito Comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Paulo Roberto Pegoraro. A desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, n. 16, Pp. 437-448. Nov. 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16930>>. Acesso em 09 ago. 2023.

KOURY, S. E. C. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LODI, E. P.; LODI, J. B. *Holding*. 4º. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C. *Holding familiar e suas vantagens*. São Paulo: Atlas, 2021.

NEGRI, S. M. C. D. Á. Pessoa jurídica e planejamento sucessório: O risco da desconsideração. In: TEIXEIRA, D. C. *Arquitetura do Planejamento sucessório*. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 351 - 360.

OSMO, C. Efetividade da função social da empresa. In: NERY, R. M. D. A.. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REDECKER, A. C.; BONDAN, H. K. A holding familiar como instrumento de efetivação do planejamento sucessório. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 63, p. 45-90, jan 2015. disponível em: <<https://rkladvocacia.com/holding-familiar-como-instrumento-de-efetivacao-do-planejamento-sucessorio/>>. Acesso em 09 jul. 2023.

REZENDE, E. N.; OLIVEIRA, M. M. S. D. *A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica das holdings familiares*. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 2, p. 110-126, jul 2019. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/35147>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

RODRIGUES FILHO, O. J. *desconsideração da personalidade jurídica e processo de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 34ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SERIK, R. *Aparência y realidade em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de las persona jurídica*. Barcelona: ediciones Ariel, 1958.

TOMAZETTE, M. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 794, Pp. 76 - 94, 2001. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37215?locale=pt_BR>. Acesso em: 10 jul. 2023.

_____. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.