



LEI E JURISPRUDÊNCIA PARA UMA HOLDING FAMILIAR INOPERANTE

Prof. MARCIO CARVALHO DE SÁ

 @marciocarvalhodesa



Para melhor compreensão, da possibilidade de se constituir empresas que não desenvolva nenhuma atividade econômica, construiremos um raciocínio jurídico, inclusive enfrentando algumas teses.

O artigo 981 do Código Civil, estabelece, como regra, que não pode existir empresa que não exerça atividade econômica, vejamos:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Ou seja, só pode existir sociedade, de acordo com o artigo acima, se houver o exercício de uma atividade econômica.

Cabe lembrar que, ser empresário não é uma atividade econômica, o empresário é aquele que participa em uma sociedade como sócio.

Em princípio, a teoria da empresa estabelecida no artigo 966, do Código Civil, disciplina que:

Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Nota-se, que o conceito de empresário é aquele que exerce atividade econômica. Acontece que, quem exerce de fato a atividade econômica, descrita no artigo acima, é a sociedade/empresa e não propriamente o empresário.

O artigo 2º, §3º da Lei n.º 6.404/1976, que prevê:

Artigo 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

O exercício de participação societária em outra sociedade por uma empresa, em tese não é uma atividade econômica em si, ela se torna uma atividade econômica por causa da autorização prevista no artigo acima. Só que, o artigo acima estabelece que apenas a companhia (S/A) pode exercer a atividade de participação societária em outras empresas.

O artigo 1.053, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Diante disso, o artigo acima permite, desde que haja previsão no contrato social da empresa, que a sociedade limitada use supletivamente as normas estabelecidas pela Lei de Sociedades Anônimas.

Ao constituir o sistema de Holding Familiar, na maioria das vezes, utilizamos a sociedade limitada com regência supletiva das sociedades anônimas.

O sistema de Holding Familiar tem como principal característica a proteção patrimonial, por isso é importante que o cliente esteja ciente que seus bens são colocados dentro de um cofre protegido de qualquer viés econômico que o nosso cotidiano possa oferecer.

A proteção que esse cofre oferece só pode ser realizada através da criação de uma empresa que não exerce nenhuma atividade econômica, pois caso a sociedade exerça alguma atividade econômica a característica de cofre desaparece.

O artigo 81 da Lei 9.430/1996, disciplina que:

Art. 81. As inscrições no CNPJ serão declaradas inaptas, nos termos e nas condições definidos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, quando a pessoa jurídica:

II - for inexistente de fato, assim considerada a entidade que:

e) encontrar-se com as atividades paralisadas, **salvo quando a paralisação for comunicada;**

Ou seja, desde que a empresa comunique a Receita Federal que as suas atividades estão paralisadas não há nenhum problema na inscrição do CNPJ.

Ainda no mesmo raciocínio, o artigo 38, inciso III, alínea e), da Instrução Normativa 2119/2.022 da Receita Federal, estabelece que:

Art. 38. Pode ser declarada inapta a inscrição no CNPJ da entidade que:

III - for inexistente de fato, assim considerada:

e) encontrar-se com as atividades paralisadas, salvo quando a paralisação for comunicada;

Concluimos então, que a inscrição do CNPJ de uma empresa com atividades paralisadas, só é cancelada se não for informado à receita federal que tais atividades estão paralisadas.

Quanto à teoria do propósito comercial que chegou ao direito brasileiro através da mudança do Código Tributário em 2021 e que alguns doutrinadores dizem que é empecilho ao nosso sistema. Cabe destacar que, em 10 de janeiro de 2021, foi editada a Lei Complementar n.º 104/2001, que inseriu o parágrafo único no artigo 116 do CTN, que diz:

Art.116 (...)

Parágrafo Único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos por lei ordinária.”

O artigo acima diz que quando há uma simulação de um ato ou negócio jurídico para evitar o fato gerador do tributo a autoridade administrativa pode desconsiderar tal ato ou negócio, mas para que isso acontecesse deveria obedecer regras que a Lei Complementar estabelecesse, ou seja, deveria ser criada uma lei com os procedimentos a serem seguidos e o negócio jurídico não poderia ser desconsiderado arbitrariamente.

Como foi justificado na exposição de motivos da Lei Complementar n.º104/2001, o parágrafo único foi inserido no artigo 116 do CTN para evitar a elisão fiscal, nos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito. Tal norma ficou conhecida como Norma Geral Antielisão.

Para que fique claro, a elisão fiscal é quando o fato gerador de um tributo é bloqueado para que não haja o surgimento deste, é o impedindo da ocorrência do fato gerador de um tributo. Já a evasão fiscal é quando o fato gerador acontece e o contribuinte não paga o tributo, mais conhecido como sonegação. Quanto à alusão fiscal é o abuso de forma.

Os procedimentos necessários para desconsiderar o ato ou negócio jurídico disposto no parágrafo único do artigo 116 do CTN, veio através da Medida Provisória 66/2002.

Na Medida Provisória 66/2002 tinha um capítulo inteiro que dispunha sobre os procedimentos relativos à norma geral antielisão, inclusive cabe destacar o artigo 14 que dizia que:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§1º. Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

- I - falta de **propósito negocial**; ou
- II - abuso de forma.

Diante disso, surge o propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro como uma condição de validade do negócio jurídico. O negócio jurídico praticado sem o propósito negocial estava passivo de ser desconsiderado pela autoridade competente.

O §2º e 3º do artigo 14 da Medida Provisória 66/2002, vinha explicando o que era propósito negocial e abuso de forma, vejamos:

§2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Essa medida provisória ao ser analisada pelo congresso nacional no dia 30 de dezembro de 2002 foi convertida na Lei de nº 10.637/2002. Sendo que todo o texto do artigo 14 da MPV 66 foi removido da Lei de nº 10.637/2002.

Diante disso, não há regulamentação para os procedimentos estabelecidos no parágrafo único do art. 116 do CTN. Ou seja, o negócio jurídico não pode ser desconsiderado arbitrariamente pela autoridade.

Sobre o propósito comercial há um silêncio eloquente na lei, não podendo ser invocado pelo Estado como justificativa para desconstituir o negócio jurídico. Inclusive o propósito comercial também foi derrubado na Medida Provisória n.º 685 que foi transformada na Lei n.º 13.202/2015.

A Confederação Nacional do Comércio ingressou com a ADIn 2446, que trazia uma série de ponderações, no qual foi indeferida tendo um voto totalmente pró ao contribuinte, segue abaixo trechos do voto da ministra Cármen Lúcia, vejamos:

“A plena eficácia da norma depende da lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem seguidos.”

“A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.”

“De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida”

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal

O Voto acima transitou em julgado em 05 de maio de 2022.

Concluimos, então, que a proteção que o sistema de Holding Familiar oferece, só ocorre devido a criação da célula cofre como uma empresa que não exerce nenhuma atividade econômica, nos termos do artigo 2º, §3º da Lei n.º 6.404/1976. Caso a célula cofre exercesse alguma atividade econômica, poderia sofrer os revés da vida cotidiana que todos nós estamos sujeitos a passar e conseqüentemente perderia a característica de cofre, atingindo o patrimônio que ali está guardado.