

Insper

RODRIGO BERNARDI BRACALE

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO VIA
SOCIEDADE *HOLDING***

SÃO PAULO

2018

RODRIGO BERNARDI BRACALE

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO VIA
SOCIEDADE *HOLDING***

Monografia apresentada à banca examinadora do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, como exigência parcial para obtenção do grau de pós-graduado em direito tributário, sob a orientação do Professora Doutor Régis Fernando Ribeiro Braga.

SÃO PAULO

2018

BRACALE, Rodrigo Bernardi. /

Aspectos Tributários do Planejamento Sucessório via Sociedade *Holding*.

Rodrigo Bernardi Bracale – São Paulo, 2018.

Monografia – Insper, 2018.

Orientador:

1. Planejamento sucessório. 2. Sucessão. 3. Sociedade *holding*. 4. Tributação.

I. Rodrigo Bernardi Bracale. II. Aspectos Tributários do Planejamento Sucessório via Sociedade *Holding*.

RODRIGO BERNARDI BRACALE

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO VIA
SOCIEDADE *HOLDING***

Monografia apresentada à banca examinadora do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, como exigência parcial para obtenção do grau de pós-graduado em direito tributário, sob a orientação do Professora Doutor Régis Fernando Ribeiro Braga.

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais,
Luiz Sérgio e Solange.

AGRADECIMENTOS

Agradeço meus pais por todas as oportunidades me proporcionadas e aos colegas de trabalho pelo aprendizado cotidiano.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a pesquisa e análise dos aspectos tributários envolvidos no âmbito da transferência do patrimônio pessoal de sucessores a herdeiros, via sociedade patrimonial e/ou operacional denominada *holding*, bem como sua viabilidade ante seus benefícios financeiros e tributários.

Recentemente, houve uma maior procura das pessoas na implementação de planejamentos sucessórios, ganhando destaque o crescimento da antecipação de partilha em vida para destinação de patrimônio pessoal, ante o anseio dos Estados em incrementar sua receita com a majoração de tributos, destacadamente o imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Palavras-chave: Planejamento sucessório. Sucessão. Sociedade *holding*. Tributação.

ABSTRACT

The present work has as objective the research and analysis of the tax aspects involved in the transfer of the personal equity of successors to their heirs, via holding companies, as well as its viability before financial and tax benefits.

Recently, there was a greater demand of the people in the implementation of inheritance and succession planning, highlighting the growth of the anticipation of sharing in life and the allocation of personal equity, before the States' desire to increase their revenue with the increase of taxes, notably the tax on *causa mortis* transmission and donation of any property or right.

Keyword: Inheritance planning. Succession. Holding company. Taxation.

SUMÁRIO

1	CONTEXTUALIZAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.....	8
2	PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SUCESSÃO.....	12
2.1	VALIDADE E OponIBILIDADE DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.....	16
2.2	SUCESSÃO E PARTILHA EM VIDA.....	18
3	CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS E PRINCIPAIS TIPOS SOCIETÁRIOS. ...	21
3.1	Sociedade Limita e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI).....	23
3.2	Sociedade Anônima.....	25
3.3	Sociedades <i>holding</i>	27
4	ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL DE VIA SOCIEDADE <i>HOLDING</i>	29
4.1	Constituição e formação do capital social com bens imóveis.....	29
4.1.1	Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).....	31
4.1.2	Não incidência do ITBI na integralização do capital social.....	32
4.2	Doação com reserva de usufruto e nua-propriedade.....	33
4.2.1	Cláusulas de proteção do patrimônio doado.....	34
4.2.2	Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD).....	35
4.3	Tributação da atividade imobiliária na Pessoa Jurídica.....	37
5	CONCLUSÕES.....	41
6	BIBLIOGRAFIA.....	43

1 CONTEXTUALIZAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.

É uma constante a preocupação das pessoas com a sucessão de seu patrimonial pessoal, bem como a melhor forma de fazê-lo.

Os planejamentos sucessórios ganham maior destaque e relevância nos últimos anos, não apenas pelo crescente interesse dos sucessores em resolver em vida a destinação de seu patrimônio pessoal, v.g., transferindo-o a seus herdeiros e eventuais beneficiários na forma que melhor lhes convier, mas principalmente por uma questão estritamente financeira.

Mais recentemente, em razão da extrema crise fiscal e da necessidade de equilíbrio das contas públicas, diversos Estados anunciaram medidas que objetivam diretamente aumentar sua arrecadação. Dentre elas, uma das principais é a majoração da alíquota do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), cujas alíquotas máximas são fixadas pelo Senado Federal¹. Os Estados buscam, por meio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), a elevação da alíquota máxima do ITCMD para 20%² e, paralelamente, se movimentam internamente para elevar sua própria alíquota dentro do limite máximo de 8%, atualmente estabelecida pela Resolução n.º 9/1992.

O atual cenário brasileiro de instabilidade política e financeira, especialmente a necessidade de regularização das contas públicas, motivou, até o momento, pelo estudo e levantamento realizado neste trabalho, a pelo menos treze Estados a elevarem as alíquotas dos impostos nos últimos dois anos. Não obstante essa movimentação interna, ainda há possibilidade de modificação da Resolução do Senado Federal que fixa a alíquota máxima de incidência do ITCMD, para até 20%, conforme Ofício Conseqfaz n.º 11, de 10 de setembro de 2015³, encaminhado pelos Secretários Estaduais de Fazenda solicitando a alteração da Resolução n.º 9/1992.

¹ Atualmente, a alíquota máxima é de 8%, cf. Resolução n.º 9, de 1992.

² Em 10.09.2015, o Consórcio Nacional de Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita e Tributação (CONSEFAZ), órgão interno do Confaz, encaminhou uma proposta alteração da alíquota máxima do ITCMD, através do Ofício Conseqfaz n.º 11/2015.

³ Veja-se a Justificativa do Ofício Conseqfaz n.º 11/2015, de redação de André Horta Melo, então coordenador do Conseqfaz:

Alguns juristas, inclusive, já se manifestaram sobre a inconstitucionalidade de referida alteração proposta. Vale destacar, por relevante, a opinião do professor e advogado Heleno Torres⁴:

Esse adicional é totalmente incompatível com o sistema tributário em vigor, pois implica violação ao pacto federativo (i); aos direitos e liberdades fundamentais dos contribuintes e ao princípio da segurança jurídica (ii); configura evidente bitributação (iii); e agride a garantia de vedação do confisco (iv). Logo, a PEC não subsiste diante das hipóteses designadas no parágrafo 4º do artigo 60 da CF, quais sejam, o federalismo, direitos e garantias fundamentais. Não se pode deixar de admitir a superioridade hierárquica desses princípios sobre aqueles que não foram incorporados à condição de cláusula pétrea.

Assim, nesse contexto, diversos estados da federação modificaram suas alíquotas anteriormente estabelecidas, sendo que alguns, inclusive, introduziram alíquotas diferenciadas para os casos de herança e doação, instituindo alíquotas progressivas na medida do aumento do valor do patrimônio transferido. São eles: Ceará, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Sergipe e Tocantins.

O Estado de São Paulo, especificamente, pretende, por meio do Projeto de Lei n.º 1.408, de 29.10.2015, alterar a alíquota que atualmente é de 4%, de forma progressiva de 3% até 8%, tanto para herança como para doação. O mencionado Projeto de Lei obteve, contudo, parecer desfavorável na Comissão de Constituição, Justiça e Redação e, desde então, não houve tramitação. Assim, ainda é possível a antecipação de sucessão patrimonial pela alíquota de 4%.

“Esta proposta de Resolução objetiva, com fundamento no art. 155, §1º, inciso IV da Constituição Federal, alterar a alíquota máxima do imposto sobre transmissão ‘causa mortis’ e doação, de quaisquer bens ou direitos dos atuais 8% (oito por cento) para 20% (vinte por cento).

A fixação da alíquota máxima de 20% (vinte por cento) pretende ampliar a prerrogativa dos estados e do Distrito Federal em aumentar a alíquota do imposto, considerando o atual quadro de dificuldades financeiras dos governos subnacionais, e, tendo em conta que uma tributação mais justa e que impacta menos as relações econômicas é aquela que é feita sobretaxando os contribuintes mais aquinhoados, e portanto sujeitos aos impostos diretos, e não aumentando impostos que afetam a população como um todo, pobres e ricos, como ocorre com os indiretos, prática esta já comum nos países desenvolvidos”.

⁴ TORRES, Heleno. Proposta de adicional de ITCMD é inconstitucional; Conjur de 31.08.2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-31/proposta-adicional-itcmd-uniao-inconstitucional>>. Acessado em: 02.02.2018.

Paralela à movimentação dos Estados, o Governo Federal, por meio do Projeto de Lei n.º 5.205, de 06.05.2016, atualmente apensado ao Projeto de Lei n.º 6.094, de 14.08.2013, também pretende elevar a carga tributária na transferência de patrimônio. Referido projeto pretende tributar por meio do Imposto sobre a Renda os valores recebidos por herança ou doação, modificando a isenção sobre tais receitas, de forma que o recebimento de herança acima de R\$5milhões será tributado, como o recebimento de doação acima de R\$1milhão.

Esse tipo de medida arrecadatória ganha ainda mais relevância na medida em que afeta, em regra, justamente uma parcela mais rica da sociedade, em obediência ao princípio da capacidade contributiva. E em comparação com outros países, a alíquota utilizada dos pelos Estados brasileiros é bastante inferior, nos quais a alíquota atinge patamares de até 40%

As novas regras de tributação sobre herança e doações, principalmente, a movimentação dos Estados em majorar a alíquota do ITCMD, aqueceu as discussões e a procura pela realização de planejamentos sucessórios, a fim de evitar elevados custos tributários no momento da transmissão do patrimônio aos herdeiros.

Ao mesmo tempo, a despeito dos benefícios tributários na transmissão de patrimônio, especialmente imobiliário, por meio de planejamento sucessório, é visível o desconhecimento das implicações tributárias, como por exemplo a necessidade de antecipar o recolhimento do ITCMD, a possível incidência de ITBI na integralização de bens imóveis e, de outro lado, os benefícios tributários no recolhimento de rendimentos imobiliários por meio de sociedade operacional, em comparação com a pessoa física.

Desde já se observa que organizar a transmissão patrimonial previamente ao falecimento, reduz drasticamente o inevitável custo tributário existente, e impede situações traumáticas de divisão de herança por meio de processos judiciais ou procedimentos extrajudiciais.

O planejamento sucessório pode ser realizado de inúmeras formas e com a utilização de diferentes instrumentos. Pode ser lavrado um testamento ou então firmado um contrato de doação de bens, por exemplo. Não há uma única forma de estrutura-lo, devendo sempre ser observado os interesses e objetivos de cada sucessor, uma vez que cada estrutura possui suas vantagens e desvantagens.

Conforme por Roberta Nioac Prado⁵, usualmente utiliza-se sociedades holding para o aporte do patrimônio que pretende ser transferido, e, na sequência, doa-se suas respectivas quotas, contudo, essa opção nem sempre é a mais adequada e eficiente. Confira-se o seguinte trecho:

Como é sabido, usualmente, a *holding* é uma sociedade constituída sob a forma de 'sociedade limitada' ou de 'sociedade por ações'. Ou seja, em qualquer dos casos, uma vez integralizado o capital subscrito, os sócios passam a não ter mais responsabilidade pessoal por dívidas da sociedade. Além disso, com a criação de novo ente jurídico, opera-se uma separação patrimonial. Os sócios ou acionistas – pessoas físicas – passam a deter em seu patrimônio as cotas ou ações de emissão da sociedade *holding*, enquanto os bens propriamente ditos, móveis ou imóveis, cotas ou ações de sociedade(s) controlada(s) passam a ser de propriedade da *holding*. Finalmente, é importante ressaltar que a *holding* não pode ser vista como a solução para todos os problemas sucessórios, tanto de exercício de controle quanto aos gerenciais. Da mesma forma que em sociedades operacionais, a *holding* pode enfrentar os problemas que surgem quando da coexistência de vários sócios ou acionistas que não têm entendimento comum

O presente estudo demonstrará a viabilidade e licitude, bem como apresentará os aspectos fiscais e econômicos relacionados a uma das formas de realização de planejamento sucessório: a transferência do patrimônio, precipuamente imóveis, por meio da constituição de sociedades patrimonial e/ou operacional, seguida da doação com reserva de usufruto aos herdeiros.

Veja-se as seguintes ponderações de Daniel Monteiro Peixoto⁶:

⁵ FONSECA, Priscila Correa da, PRADO, Roberta Nioac, KIRSCHBAUM, Deborah, e CASTALUNGA, Karime. Fraude à Meação do Cônjuge, Dissolução Societária e Medidas Processuais. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

⁶ PEIXOTO, Daniel Monteiro. Sucessão Familiar e Planejamento Tributário I. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

Planejar a sucessão significa organizar o processo de transição do patrimônio levando em conta aspectos como (i) ajuste de interesses entre os herdeiros na administração dos bens, principalmente quando compõem capital social de empresa, aproveitando-se da presença do fundador como agente catalisador de expectativas conflitantes, (ii) organização do patrimônio, de modo a facilitar a sua administração, demarcando com clareza o ativo familiar do empresarial, (iii) redução de custos com eventual processo judicial de inventário e partilha que, além de gravoso, adia por demasiado a definição de fatores importantes na continuidade da gestão patrimonial, e, por último, (iv) conscientização acerca do impacto tributário dentre as várias opções lícitas de organização do patrimônio, previamente à transferência, de modo a reduzir o seu custo.

Assim, analisaremos (i.) a viabilidade jurídica e financeira na implementação desse tipo de planejamento tributário e sucessório; (ii.) as espécies de societária envolvidas; e (iii.) os tributos incidentes na implementação e operacionalização de referidas sociedades holding.

2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SUCESSÃO.

O tema planejamento tributário envolve um grande desafio aos contribuintes: sua licitude e oponibilidade ao fisco. É o que nos ensina Marco Aurélio Greco⁷:

A questão fundamental que cerca o planejamento tributário consiste em saber – diante de determinada situação ou operação concreta – se os efeitos jurídicos que o contribuinte dela pretende extrair são ou não oponíveis ao Fisco. Vale dizer, se o Fisco deve suportar os efeitos que resultem dos atos ou negócios jurídicos celebrados.

Ou se, ao revés, o Fisco pode recusar-se a aceitar todos ou alguns dos efeitos pretendidos pelo contribuinte; vale dizer, se determinados atos ou negócios jurídicos são inoponíveis ao Fisco, no sentido de não produzirem a redução da carga tributária ou não afastarem a incidência da norma tributária que – não fora a impugnação pelo Fisco – deles decorreriam.

Dessa forma, desde único, deve-se questionar se a estrutura planejada é válida e se justifica frente ao Fisco.

É indiscutível que os contribuintes possuem o direito e a prerrogativa de estruturar seu negócio ou seu patrimônio da maneira que melhor lhes convierem, tendo como objetivo reduzir custos e despesas, maximizar o lucro e, ainda, buscar uma melhor eficiência tributária.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2004.

O planejamento tributário, consiste, sucintamente, através de meios legais, na busca para se evitar ou postergar a incidência, ou ainda reduzir o montante do tributo devido, suportando as ações e omissões em documentos que retratem a realidade e a veracidade dos atos jurídicos praticados.

Os efeitos decorrentes da ação de condutas lícitas, em conformidade com a legislação, que permitam a organização de negócios e a estruturação de sociedades e operações de forma mais econômicas denomina-se elisão fiscal. Por sua vez, os efeitos decorrentes de condutas ilícitas, cujo resultado é a redução da carga tributária, denomina-se evasão fiscal. Referida diferenciação é elucidada por Aldemir Ortiz Rodrigues⁸:

A elisão fiscal representa a execução de procedimentos, antes do fato gerador, legítimos, ético, para reduzir, eliminar ou postergar a tipificação da obrigação tributária, caracterizando, assim, a legitimidade do planejamento tributário. É por meio de lacunas encontradas na legislação tributária, que surge o instituto da elisão fiscal.

A evasão fiscal, por sua vez, consiste em toda ação consciente, espontânea, dolosa ou intencional do contribuinte por meios ilícitos para evitar, eliminar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo devido, não se configurando em hipótese alguma com o planejamento tributário lícito.

O que tem prevalecido na jurisprudência administrativa do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)⁹ é que não se pode admitir, contudo, atos ou negócios jurídicos praticados sob uma forma aparentemente legal, mas realizada sem qualquer finalidade empresarial ou comercial, mas simplesmente para encobrir o único propósito da operação implementada, que seria a redução do pagamento de tributos.

⁸ RODRIGUES, Aldemir Ortiz. Aspectos jurídicos do planejamento tributário. 2ª Ed. São Paulo: IOB Folhamatic, 2013, p. 42.

⁹ “PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. Oponibilidade ao fisco. Abuso do direito. Propósito comercial. Inedutibilidade.

A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em planejamento tributário abusivo, mais especificamente, elisão abusiva. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatores geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial. É necessário que haja um propósito comercial, de modo que o exercício do direito seja regular” (Acórdão n.º 1402-002.490, 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, j. em 16.05.2017).

Assim, atualmente é pacífico que, o direito de o contribuinte se auto organizar e decidir sobre a melhor forma de implementar determinado planejamento não pode ser absoluto, sob pena de incorrer no abuso de seu exercício.

Confira-se, por relevante, o seguinte trecho do voto proferido pela Conselheira Sandra Maria Faroni, no julgamento do Acórdão n.º 101-94.986, de 19.05.2005, época em que começou a ser novamente debatido no CARF a figura do planejamento tributário abusivo:

Não se discute que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária. O direito do contribuinte de auto-organizar sua vida não é ilimitado. Os direitos de alguns sofrem limitações impostas pelos direitos de outrem. Atuando dentro da lei, o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Dentro dessa ótica, se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. Todavia, se adotada uma forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco a ele pode se opor.

Essa visão, nos mostra que a operação envolvendo um determinado planejamento tributário não basta ser lícita e se encontrar em conformidade com a lei. Ela deve demonstrar a existência de um propósito específico, como é o caso do planejamento sucessório.

O tratamento jurídico do planejamento tributário no direito brasileiro também foi objeto de estudo pelo professor Luís Eduardo Schoueri¹⁰ e sua sucinta análise merece destaque por sua clareza:

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITA, Rodrigo de (org.). Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 15 e 16.

Foi com base em tais constatações clássicas do Direito Tributário que se explorou, por muito tempo, o tema do planejamento tributário: diante da certeza de que apenas as situações previstas pelo legislador estariam sujeitas à tributação, surgia como imediato o direito do contribuinte de organizar seus negócios, de modo a afastar a tributação, por meio de estruturas muitas vezes injustificáveis de um ponto de vista meramente empresarial, mas suficientes para assegurar o resultado equivalente àquele que teria o contribuinte alcançado, tivesse ele seguido um caminho usual; a economia de tributos se daria porque enquanto a opção comum e usual; a economia de tributos se daria porque enquanto a opção comum e usual constituiria fato gerador do tributo, a estrutura alternativa criada pelo contribuinte não estaria dentro da hipótese de incidência tributária. Noutras palavras, conquanto em ambos os casos houvesse manifestações de capacidade contributiva equivalente, a estrutura contemplada pelo contribuinte estaria livre da tributação.

Paulatinamente, esta tendência passou a ser revertida, criando-se limitações diversas ao planejamento tributário. Seja por meio de alterações legislativas, seja a partir da evolução jurisprudencial, novos limites foram sendo apresentados à liberdade do contribuinte.

(...)

Do ponto de vista do arcabouço legislativo, a única mudança significativa, neste campo, parece ter sido a inserção do parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional, apontado, na época, como norma antielísiva. Na ocasião de sua edição, surgiu muita expectativa quanto à Medida Provisória 66. Entretanto, a rejeição desta pelo Congresso Nacional acabou por ver frustradas as expectativas de aplicação daquele dispositivo inserido no Código Tributário Nacional e, conseqüentemente, não se teve, até a presente data, posicionamento jurisprudencial quanto a seu alcance.

Ademais, é imprescindível recordar a regra contida no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

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 em lei ordinária.

A Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001, que introduziu o parágrafo único acima transcrito, apresenta na sua exposição de motivos o combate à elisão tributária e possibilidade de ser desconsiderado determinados planejamentos tributários praticados com abuso de forma e abuso de direito.

Dessa forma, sem adentrar aos debates existentes por traz de referido dispositivo, nota-se que a autoridade administrativa estaria autorizada à desconsiderar de negócios jurídicos celebrados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fatos geradores. Entretanto, trata-se de uma norma de eficácia limitada, ao passo que deve ser integrada por legislação ordinária a ser editada.

A vontade de antecipar a sucessão, por si, justifica a implementação de um planejamento tributário específico, também conhecido como planejamento sucessório.

2.1 VALIDADE E Oponibilidade do Planejamento Sucessório.

Em princípio, é importante salientar que as partilhas em vida são autorizadas pelo artigo 2.018 do Código Civil:

Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

Isso significa dizer que o ordenamento jurídico admite a partilha feita por ascendente por ato entre vivos, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

O planejamento sucessório, nesse contexto, pode ser compreendido como o conjunto de medidas que busca a transferência patrimonial de sucessor a seus herdeiros anteriormente ao seu falecimento. A autora Ana Luiza Maia Navares destaca algumas de suas finalidades:

Inicialmente, devemos responder à indagação sobre os valores positivos que o planejamento sucessório realiza na vida social. Evitar conflitos, permitir que desejos sobre aspectos fundamentais da vida da pessoa sejam manifestados e executados, garantir a continuidade de empresas e negócios, bem como fomentar uma melhor distribuição da herança, conforme as pessoas dos herdeiros e os bens integrantes do montante são alguns dos objetivos do planejamento sucessório, que sem dúvida encontram respaldo em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual se mostra necessário refletir sobre os instrumentos dispostos pela lei para sua consecução.

O sucessor pode se valer de meios unilaterais, i.e., sem que os interessados na sua sucessão participem do destino de seu patrimônio, bem como de meios plurilaterais, i.e., nos quais são consideradas as vontades dos envolvidos na sucessão. O instrumento unilateral mais conhecido e consagrado juridicamente é o testamento, por meio do qual o sucessor dispõe suas vontades sucessórias, sem o concurso dos herdeiros ou terceiros beneficiados.

Já os instrumentos que dependem de declarações de vontade tanto do sucessor, titular do patrimônio, quanto dos herdeiros, recebedores de referido patrimônio, podem ser dados como exemplo as partilhas em vida e as sociedades.

As ditas sociedades são empresas criadas com o objetivo de administrar o patrimônio familiar e, ao mesmo tempo, transferi-lo aos sucessores, que passam a integrar o seu quadro social. Normalmente, esse tipo de sociedade denomina-se *holding* familiar, podendo ser constituída com a integralização de bens móveis ou imóveis e, num segundo momento, suas quotas ou ações são transmitidas aos sucessores no momento do falecimento do titular ou antecipadamente, em vida, pela simples doação.

Ana Luiza Maria Nevares¹¹ entende observa como vantagem da reunião de ascendentes e sucessores como sócios ou acionistas de empresas familiares a vinculação destes às normas de gestão dessas empresas, por meio de seu contrato social, permitindo uma maior tranquilidade ao titular originário do patrimônio transferido, que conseguirá delimitar a forma de administração dos bens, assegurando a continuidade de seus negócios ou ainda a conservação de seus bens.

A transferência patrimonial por meio da constituição de sociedade e respectiva doação de suas quotas com reserva de usufruto, no aspecto tributário, pode gerar questionamentos a sua legalidade e validade perante o Fisco, ou seja, poderia

¹¹ NEVARES, Ana Luiza Maria. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In.: Revista IBDFAM: Família e Sucessores. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 21.

questionar-se se há abuso de forma. A esse respeito, confira-se por relevante as seguintes ponderações de Maria Angélica S. de Souza Dias¹²:

No campo da teoria do abuso do direito, a questão que se coloca é a licitude/ilicitude de um uso (efetivo/real) de um direito de forma inadequada, abusiva, anormal, visando a um determinado fim.

Assim, com o 'uso', vira o 'abuso', que, segundo defensores da aplicação dessa teoria, extrapolaria os limites da licitude.

(...)

O que seria relevante alertar, em face da discussão que paira na doutrina sobre a licitude desse meio para o planejamento tributário, é a confusão que pode ocorrer entre os conceitos de abuso de forma e simulação.

Entretanto, ainda que haja qualquer tipo de dúvida, é claro que no momento em que determinado sujeito opta por implementar um planejamento sucessório, seja qual o meio escolhido, o que se busca é uma organização patrimonial eficiente e a transferência antecipada de sua sucessão.

E, nesse contexto, o sujeito é livre em sua escolha de como estruturará e implementará referido planejamento sucessório. Trata-se de um verdadeiro exemplo de elisão fiscal. Entretanto, a implementação de um planejamento sucessório deve ser exaustivamente estudada vis-à-vis seus efeitos e observância às normas relacionados à sucessão.

2.2 SUCESSÃO E PARTILHA EM VIDA.

Sucessão significa a transferência de bens de uma pessoa a outra. Caso ela ocorra em razão da morte, denomina-se *causa mortis*. Caso ela ocorra por vontade das partes, denomina-se *inter vivos*. O artigo 426 do Código Civil veda, entretanto, a disposição sobre a herança de pessoa viva¹³. Isso não significa o engessamento da estruturação de um planejamento sucessório, que trata da disposição do patrimônio em vida de sucessores a herdeiros.

¹² DIAS, Maria Angélica S. de Souza. In.: ANDRADE, José Maria Arruda de, PEIXOTO, Marcelo Magalhães, coordenadores. Planejamento Tributário. São Paulo: MP Ed., 2007, p. 97.

¹³ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

A melhor doutrina sobre o tema, de Maria Berenice Dias¹⁴, é assertiva e clara sobre o significado de sucessão e direito sucessório:

No âmbito jurídico o significado da palavra sucessão é o mesmo. É a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos. Somente no direito sucessório cabe falar de herança, o que não se confunde com sucessão, que é o ato de suceder, até porque sucessão pode ocorrer também *inter vivos*. A sucessão é um efeito jurídico, mais corretamente uma aquisição *mortis causa*. O vocábulo sucessão, tomado algumas vezes como sinônimo de herança, é, em regra, empregado para significar a transmissão dos direitos ativos e passivos que uma pessoa falecida faz a outra, que lhe sobrevive.

(...)

O direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugado ao direito das famílias. Trata da transmissão de bens, direitos e obrigações, em razão da morte de uma pessoa, aos seus herdeiros, que, de um modo geral, são seus familiares. O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.

Dessa forma, a partilha em vida é nada mais que a antecipação da sucessão, sendo possível distribuir o patrimonial pessoal, desde que respeitada a legítima dos herdeiros necessários¹⁵. A legítima, nada mais é do que a metade do acervo hereditário, o qual deve, necessariamente, ser transferido aos herdeiros necessários: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge¹⁶. Portanto, não havendo herdeiros necessários, não há que se falar em legítima, tendo o sucessor livre arbítrio de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe convir.

É possível, outrossim, adiantar a legítima a seus herdeiros necessários, ou seja, transferir para estes, por meio de doação, parte ou o todo do patrimônio que herdariam num futuro, na forma do artigo 544 do Código Civil¹⁷. É de grande importância que a doação que antecipa a transferência da herança respeite a legítima, sob pena de ser considerada viciada e, conseqüentemente, nula. É como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça¹⁸:

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32 e 33.

¹⁵ Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

¹⁶ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁷ Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

¹⁸ Recurso Especial n.º 1.523.522/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03.11.2015, DJe 13.11.2015. Grifos nossos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. **PARTILHA EM VIDA FEITA PELOS ASCENDENTES AOS DESCENDENTES DE TODOS OS BENS DE QUE DISPUNHAM POR MEIO DE ESCRITURAS PÚBLICAS DE DOAÇÃO, COM CONSENTIMENTO DOS HERDEIROS E CONSIGNAÇÃO DE DISPENSA DE COLAÇÃO FUTURA.** 1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. 2. AUSÊNCIA DE BENS A COLACIONAR. INVENTÁRIO. PROCESSO EXTINTO POR CARÊNCIA DA AÇÃO. 3. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria controvertida foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, com enfoque suficiente a autorizar o conhecimento do recurso especial, não havendo que se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. Consoante dispõe o art. 2.002 do CC, os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

3. Todavia, o dever de colacionar os bens admite exceções, sendo de ressaltar, entre elas, as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação (CC, art. 2005), ou, como no caso, em que os pais doaram aos filhos todos os bens de que dispunham, com o consentimento destes, fazendo constar, expressamente, dos atos constitutivos de partilha em vida, a dispensa de colação futura, carecendo o ora recorrente, portanto, de interesse processual para ingressar com processo de inventário, que foi corretamente extinto (CPC, art. 267, VI).

4. Eventual prejuízo à legítima do herdeiro necessário, em decorrência da partilha em vida dos bens, deve ser buscada pela via anulatória apropriada e não por meio de ação de inventário. Afinal, se não há bens a serem partilhados, não há a necessidade de inventário.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

No mesmo sentido, é interessante observar a controvérsia existente sobre uma partilha em vida, i.e. um planejamento sucessório, que prejudique a legítima de herdeiro necessário nascido posteriormente aos negócios jurídicos celebrados entre ascendentes e descendentes. Os tribunais superiores, nesses casos, vêm entendendo que a doação se torna inoficiosa no tocante ao que excedente à parte disponível do patrimônio mais as respectivas frações da legítima, porque se caracterizaria o indevido avanço da liberdade sobre a legítima do herdeiro preterido. Veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁹:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO. 1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. 2. DOAÇÃO EM VIDA DE TODOS OS BENS IMÓVEIS AOS FILHOS E CÔNJUGES FEITA PELO AUTOR DA HERANÇA E SUA ESPOSA. **HERDEIRO NECESSÁRIO QUE NASCEU POSTERIORMENTE AO ATO DE LIBERALIDADE. DIREITO À COLAÇÃO.** 3. PERCENTUAL DOS BENS QUE DEVE SER TRAZIDO À CONFERÊNCIA. 4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

¹⁹ Recurso Especial n.º 1.298.864/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19.05.2015, DJe 29.05.2015. Grifos nossos.

1. Embora rejeitados os embargos de declaração, tem-se que a matéria controvertida foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que sucinta, com enfoque suficiente a autorizar o conhecimento do recurso especial, não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao art. 535, II, do CPC.
2. Para efeito de cumprimento do dever de colação, é irrelevante o fato de o herdeiro ter nascido antes ou após a doação, de todos os bens imóveis, feita pelo autor da herança e sua esposa aos filhos e respectivos cônjuges. **O que deve prevalecer é a ideia de que a doação feita de ascendente para descendente, por si só, não é considerada inválida ou ineficaz pelo ordenamento jurídico, mas impõe ao donatário obrigação protraída no tempo de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio recebido à colação, a fim de igualar as legítimas, caso não seja aquele o único herdeiro necessário (arts. 2.002, parágrafo único, e 2.003 do CC/2002).**
3. No caso, todavia, a colação deve ser admitida apenas sobre 25% dos referidos bens, por ter sido esse o percentual doado aos herdeiros necessários, já que a outra metade foi destinada, expressamente, aos seus respectivos cônjuges. Tampouco, há de se cogitar da possível existência de fraude, uma vez que na data da celebração do contrato de doação, o herdeiro preterido, ora recorrido, nem sequer havia sido concebido.
4. Recurso especial parcialmente provido.

Assim, o planejamento sucessório deve ser concebido em suas minúcias, uma vez que é implementado de forma preventiva e com o objetivo não apenas de destinar os bens do titular da herança ainda em vida, mas também de evitar eventuais conflitos futuros e elevadas cargas tributárias que inevitavelmente recaem sobre o patrimônio deixado.

3 CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS E PRINCIPAIS TIPOS SOCIETÁRIOS.

Antes de abordar os aspectos relacionados à implementação e operacionalização da *holding* patrimonial familiar, é imprescindível destacar os principais tipos societários existentes no direito brasileiro, os quais poderão ser utilizados para essa finalidade.

Isso porque, é essencial em qualquer tipo de estrutura sucessória que se obtenha razoável segurança jurídica e, ao mesmo tempo, a mobilidade essencial para a condução de cada tipo de negócio. As sociedades, em princípio, apesar de exigirem certa formalidade, possibilitam a disposição de vontade entre os sócios na medida em que será elaboradora um contrato ou um estatuto social.

No caso de existir uma diversidade de ativos a ser transferidos no âmbito de um planejamento sucessório, tais como imóveis, móveis, participações acionárias,

dinheiro etc., convém analisar ainda a constituição de mais de um tipo de estrutura societária, segregando-se os ramos de atividade. Não apenas por questões financeiras e tributárias exemplificadas no capítulo subsequente, como também por questões operacionais de cada uma delas.

Preliminarmente, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2012 (o Código Civil), divide as sociedades em (i.) sociedades não personificadas e (ii.) sociedades personificadas.

No primeiro grupo, encontram-se (i.a.) as sociedades em comum (artigos 986 e ss.); (i.b.) as sociedades em conta de participação (artigos 991 e ss.). As sociedades não personificadas são assim caracterizadas por não possuírem registro. No segundo grupo, encontram-se (ii.a.) as sociedades simples (artigos 997 e ss.); (ii.b.) as sociedades em nome coletivo (artigos 1.039 e ss.); (ii.c.) as sociedades em comandita simples (artigos 1.045 e ss.); (ii.d.) as sociedades limitadas (artigos 1.052 e ss.); (ii.e.) as sociedades anônimas (Lei n. 6.404/1976, ou Lei das S.A.); e (ii.f.) as sociedades em comandita por ações (artigos 1.090 e ss.).

Os tipos societários mais comuns e utilizados no direito brasileiro são a sociedade empresária limitada, a empresa individual de responsabilidade limitada e a sociedade por ações. As primeiras, tem razão de sua maior simplicidade e menor burocracia na condução dos negócios, representa massivamente a maioria das empresas constituídas no Brasil. A unidade jurídica da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (APEX), vinculada ao Ministério da Fazenda, elaborou, por meio de um estudo realizado em 2012, uma tabela comparativa dos principais tipos societários ora mencionados²⁰.

O jurista Fran Martins²¹ classifica as sociedades empresárias sob a perspectiva da pessoas de seus sócios:

Tomando-se em consideração a influência que a pessoa dos sócios possui nas sociedades comerciais, estas podem ser classificadas em sociedade de pessoas e sociedade de capitais. Sociedade de pessoas são aquelas em

²⁰ Disponível em <http://www.epl.gov.br/principais-tipos-societarios-brasileiros>.

²¹ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 36ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

que a pessoa do sócio tem papel preponderante, não apenas na constituição como durante a vida da pessoa jurídica. Assim, constituindo-se uma dessas sociedades, ficará, na sua existência, subordinada à pessoa dos sócios: a morte ou incapacidade de um refletirá na pessoa jurídica, provocando a sua dissolução.

Como sociedade de pessoas temos em nosso Direito pátrio, as sociedades em nome coletivo, comandita simples e sociedade limitada. Faz-se a abstração da sociedade em conta de participação por ser esse um tipo especial que existe apenas entre os sócios, aparecendo, diante de terceiro, somente um, que age como se fosse um empresário individual ou sociedade empresaria.

Sociedade de capitais são as em que a pessoa do sócio não é levada em consideração para seu funcionamento, não sofrendo, assim, nenhuma alteração a pessoa jurídica com a mudança ou incapacidade dos sócios. Para essas sociedades a importância principal está na contribuição do sócio para o capital

Essa distinção é importante na medida em que a despeito de a sociedade *holding*, objeto do presente estudo, puder ser constituída por meio da utilização de quaisquer um dos tipos societários, normalmente utiliza-se ou a sociedade empresária limitada ou a sociedade por ações, em razão da preponderância do papel do sócio na sua constituição, as vantagens, facilidades e características de cada uma delas para concentrar e administrar o patrimônio nela integralizado.

3.1 Sociedade Limitada e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI).

As sociedades limitadas e as EIRELI são regidas pelo Código Civil e possuem, dentre as suas características principais, a simplificação e flexibilidade, pois ao mesmo tempo que permite que seus principais aspectos sejam regulados livremente entre os sócios por meio de um contrato, a responsabilidade destes é limitada ao montante do capital social integralizado.

Esses tipos societários serão tratados nesse tópico em conjunto em razão de sua grande semelhança, diferenciando-se, basicamente, sem considerar os valores mínimos de capital social e as deliberações em reunião de sócios, tão somente a quantidade de sócios existentes, já que a EIRELI trata-se de uma empresa individual, i.e., é necessário uma única pessoa para constituí-la.

Um dos elementos essenciais para caracterização da sociedade limitada é o *affectio societatis*. Isto é, a vontade dos sócios em se unir, constituir e permanecer em sociedade.

O artigo 1.053 do Código Civil²² prevê, entretanto, que a ausência de disposição específica regulando determinado assunto no contrato social, ou ainda prevendo a regência supletiva pela Lei das S.A., a sociedade deverá observar as normas relacionadas às sociedades simples.

O capital social da sociedade limitada é dividido em quotas, podendo ser iguais ou desiguais, podendo ser formado e integralizado com quaisquer bens ou direitos.

A responsabilidade dos sócios, por sua vez, é restrita ao valor total de integralização de suas quotas, mas todos são solidariamente responsáveis pela integralização da totalidade do capital social. Isso significa dizer que, uma vez integralizado o seu capital social, seja por qual meio for, o patrimônio pessoal dos sócios não responderão em favor da sociedade²³.

A administração, por sua vez, fica por conta de administrador designado no contrato social ou em ato separado²⁴, podendo ser sócios ou não sócios, sendo que, no último caso, sua designação dependerá a aprovação por maioria absoluta dos sócios²⁵. As deliberações sociais são tomadas em reunião ou assembleia de sócios, a depender de sua quantidade, oportunidade na qual serão deliberadas, dentre outras,

²² 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.

²³ Há, entretanto, algumas hipóteses em que o patrimônio dos sócios podem responder pelas dívidas da sociedade. A mais comum, delas, para o direito tributário, trata-se dos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, disposto no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

²⁴ Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

²⁵ Art. 1.061. A designação de administradores não sócios dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização.

a aprovação de contas da administração, a designação ou destinação de administradores e a modificação do contrato social, ou outras matérias indicadas no contrato social²⁶.

3.2 Sociedade Anônima.

As sociedades anônimas são regida pela Lei n. 6.404/1976, a Lei das S.A., e apesar de possuírem uma estrutura mais complexa e financeiramente ser mais custosa que as sociedades limitadas, tendo em vista as publicações obrigatórias, pode ser mais interessante em determinadas situações, em razão dos diversos mecanismos existentes.

As sociedades anônimas podem ser de capital aberto ou fechado²⁷, mas, considerando-se o contexto de um planejamento sucessório, não há que se falar neste trabalho das características específicas de uma sociedade de capital aberto, razão pela qual não será aqui tratado.

O capital social pode ser, da mesma forma que a sociedade limitada, formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, na forma no artigo 7º da Lei das S.A., sendo dividido por ações que podem ser ordinárias ou preferenciais nas sociedades de capital fechado.

A ações preferenciais podem garantir ao acionista detentor (i.) prioridade na distribuição de dividendos; (ii.) prioridade no reembolso do capital; e (iii.) o direito de

²⁶ Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

I - a aprovação das contas da administração;

II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;

III - a destituição dos administradores;

IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII - o pedido de concordata.

²⁷ A sociedade anônima de capital fechado não admite a negociação de ações no mercado de valores mobiliários, nos termos do artigo 4º da Lei das S.A.:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração²⁸.

A destinação das ações em classes pode se apresentar vantajosa para sociedades de capital fechado destinadas à concentrarem e transferirem patrimônio na medida em que demonstra uma flexibilização da destinação dos direitos políticos e financeiros de cada acionista.

As deliberações sociais são realizadas em assembleia-geral, a qual é capaz de decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar necessários ao desenvolvimento de seus negócios²⁹. Cada ação ordinária correspondente a um voto nas deliberações sociais da companhia, podendo o Estatuto Social restringir o direito de voto apenas às ações ordinárias, consignando às ações preferenciais para privilégios financeiros³⁰.

A administração, por sua vez, fica por conta da diretoria e do conselho de administração, conforme dispuser o estatuto social³¹.

²⁸ Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:

I - em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;

II - em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou

III - na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.

Art. 18. O estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.

Parágrafo único. O estatuto pode subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais.

²⁹ Art. 121. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Parágrafo único. Nas companhias abertas, o acionista poderá participar e votar a distância em assembleia geral, nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários.

³⁰ Art. 110. A cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto nas deliberações da assembleia-geral.

§1º O estatuto pode estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista.

§2º É vedado atribuir voto plural a qualquer classe de ações.

Art. 111. O estatuto poderá deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, observado o disposto no artigo 109.

§1º As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.

³¹ Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

Os acionistas das sociedades anônimas podem, entretanto, estabelecer um acordo de acionistas para estabelecer regramentos específicos sobre a preferência na compra e venda de ações, no exercício do direito de voto e outras questões cruciais à administração da sociedade³², o qual, para ser considerado válido frente à terceiros deve ser averbado nos livros de registro e nos certificados de ações da sociedade.

A sociedade anônima deve, obrigatoriamente, até um mês antes da data designada para realização da assembleia-geral ordinária, publicar os seguintes documentos, conforme artigo 133 da Lei das S.A.: (i.) relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo; (ii.) cópia das demonstrações financeiras; (iii.) parecer dos auditores independentes; (iv.) parecer do conselho fiscal; e (v.) outros documentos pertinentes. Entretanto, companhia de capital fechado que possuem menos de vinte acionistas e um patrimônio líquido inferior a R\$1.000.000,00 está dispensada de referida obrigação³³.

A obrigatoriedade de publicação de todos os mencionados documentos sociais dá à sociedade anônima uma publicidade e exposição a terceiros que, na maioria das vezes, não é desejada no âmbito de um planejamento sucessório. Isso, além da maior complexidade e custos envolvidos nesse tipo societário, mostra-se como a grande desvantagem em relação às sociedades limitadas.

3.3 Sociedades *holding*.

Independentemente do tipo societário utilizado para constituição da sociedade, a expressa *holding* ganhou espaço no âmbito da implementação de planejamento

Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

³² Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

³³ Art. 294. A companhia fechada que tiver menos de vinte acionistas, com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), poderá:

(...)

II - deixar de publicar os documentos de que trata o artigo 133, desde que sejam, por cópias autenticadas, arquivados no registro de comércio juntamente com a ata da assembléia que sobre eles deliberar.

sucessório e patrimonial tendo em vista os benefícios proporcionados a esse fim específico.

A ideia primordial da sociedade *holding* é deter e exercer o poder de controle sobre um patrimônio específico ou ainda outra sociedade.

A doutrina apresenta diversas formas de classificação das sociedades holding, dentre elas *holding* pura e *holding* mista e *holding* patrimonial e *holding* operacional. Para fins deste trabalho, destacaremos as divergências entre as chamadas *holding* patrimonial e operacional.

As chamadas *holding* patrimonial destacam-se por terem como objetivo único a concentração e administração de determinado patrimônio, não necessariamente sendo utilizada para condução de outros negócios ou uma finalidade lucrativa imediata. Assim, os sócios integralizam seu capital social com determinados bens e, em troca, passam a deter quotas ou ações dessa sociedade constituída.

Por sua vez, as chamadas *holding* operacionais possuem uma função mista, tanto de concentração patrimonial como de administração de determinada atividade produtiva. Vide, por exemplo, uma pessoa que detém inúmeros ativos imobiliários e resolve concentrá-los em uma sociedade. Este, passa a concentrar esse patrimônio e, ao mesmo tempo, administrará referido patrimônio imobilizado, seja por meio da locação, venda ou incorporações imobiliárias.

Conforme bem observa Maria Berenice Dias³⁴:

A holding familiar facilita a sucessão hereditária e a administração dos bens, garantindo a continuidade sucessória sem necessidade de se aguardar a demora tramitação do processo de inventário. Nada impede que o contrato social preveja o não ingresso de cônjuges, companheiros ou certa classe de herdeiros nos quadros sociais, dado o aspecto pessoal das cotas sociais. Como há possibilidade de a pessoa física transferir bens e direitos para a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, o controlador da empresa pode, por exemplo, fazer doação antecipada da legítima aos herdeiros necessários. Reservado o usufruto em seu favor, a doação não o reduz à insolvência, não se podendo falar em fraude contra credores. O doador

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 392 e 393

continua com a posse e a efetividade das quotas ou ações, permanecendo na gestão dos negócios. Enquanto o doador estiver vivo, é como se nenhuma doação tivesse ocorrido. Mas, por ocasião do seu falecimento, a titularidade das quotas e ações é transferida automaticamente aos herdeiros, não havendo necessidade do processo de inventário. É suficiente o registro do óbito na Junta Comercial com a alteração contratual. No caso de sociedade anônima, basta o arquivamento da certidão de óbito na própria sociedade e a averbação da transferência nos livros sociais. A *holding* passa a ser sócia do empreendimento, e os estatutos fazem o papel do inventário, pois neles são definidas, entre outras coisas, a participação no capital social e a função de cada sucessor.

Nesse contexto, as sociedades holding apresentam-se como uma das formas mais comuns na atualidade de implementar um planejamento sucessório, uma vez que facilmente é capaz de concentrar um determinado patrimônio que se deseja transferir em ações ou quotas sociais, as quais na sequência, poderão ser doadas com reserva de usufruto tanto no que tange à administração de referido patrimônio quanto nos frutos financeiros por ele gerados.

4 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL DE VIA SOCIEDADE *HOLDING*.

A implementação de planejamento sucessório via sociedade *holding* e posterior doação das quotas com reserva de usufruto deve não apesar verificar a sua validade perante o Fisco, a administração do patrimônio integralizado na sociedade a ser constituída, mas, principalmente os aspectos tributários envolvidos. Isso porque, a interdisciplinaridade do tema é rica e os detalhes importantes.

4.1 Constituição e formação do capital social com bens imóveis.

Preliminarmente, observa-se que os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens e no da separação obrigatório não podem constituir sociedade entre si³⁵. Isso implica dizer que os sujeitos que se encontrem nessas situações e que pretendam integralizar seu patrimônio pessoal numa sociedade *holding* precisará fazê-lo via constituição de EIRELI e posterior transformação em sociedade empresária limitada na doação das quotas, caso elas sejam doadas a mais

³⁵ Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

de um herdeiro, ou então, via constituição de sociedade limitada com a sociedade dos herdeiros no seu quadro social desde o início, ainda que menores³⁶.

Conforme anteriormente esclarecido, o capital social da sociedade holding pode ser integralizado em dinheiro, bens móveis ou imóveis de titularidade do sócio. O valor considerado dos bens que serão indicados para formação do capital social é indicado pelo próprio sócio. Recomenda-se, nesses casos que o sujeito atribua ao bem o valor constante de sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF). Isso porque trata-se de uma faculdade do contribuinte, ao invés de atribuir ao bem o seu valor de mercado atual, e essa transferência não implicará em apuração de ganho de capital e conseqüente incidência de imposto de renda. Assim dispõe o Regulamento do Imposto de Renda:

Art. 132. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§1º Se a transferência for feita pelo valor constante da declaração, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quota subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 464.

§2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

Dessa forma, a integralização do bem pelo valor constante da DIRPF, ao mesmo tempo que evita a apuração de ganho de capital³⁷, implica uma extrema vantagem ao contribuinte quando da doação das respectivas quotas sociais: a redução da sua base de cálculo do imposto incidente, conforme melhor explicado no subcapítulo 4.2., uma vez que os bens serão transferidos a valor histórico da DIRPF do sucessor.

Assim, desde esse ponto específico, observa-se uma extrema vantagem do planejamento sucessório em comparação com eventual processo de inventário para transmissão dos bens a herdeiros: neste último, os bens transmitidos são avaliados a

³⁶ O sócio incapaz deve ser representado ou assistido por seus pais, conforme autoriza o artigo 974 do Código Civil, abaixo transcrito. Os sócios menores serão representados até completarem dezesseis anos e assistido até completarem os dezoito anos.

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança.

³⁷ Caso o fosse, seria

valor de mercado, sobre o qual incide o imposto sobre transmissão “causa mortis” e doação.

Isso não isenta, contudo, a incidência do imposto sobre a transmissão de bens imóveis na integralização do capital social com bens imóveis, exceto a sociedade *holding* não possua preponderantemente atividade imobiliária, conforme explicado no subcapítulo seguinte.

4.1.1 Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

O ITBI é um de competência municipal³⁸ incidente sobre a transferência onerosa entre vivos de bens imóveis, sendo regulamentado pelo Código Tributário Nacional em seus artigos 35 e ss. com as disposições específicas delimitadas por cada Município de circunscrição do bem imóvel.

Importa salientar, desde já, que a redação dada pelo Código Tributário Nacional é anterior à Constituição Federal de 1988, sendo que as normas ali delimitadas se referiam a um ITBI que antigamente abrangia as transmissões *inter vivos* e *causa mortis*, atualmente de competência estadual. A regra matriz de incidência do ITBI, assim, deve ser verificada individualmente nas legislações municipais de circunscrição de cada imóvel. Conforme nos ensina José Alberto Oliveira Macedo³⁹:

De qualquer forma, não há qualquer previsão constitucional de estabelecimento de alíquota máxima por parte do Senado Federal para o atual ITBI, como acontece, por exemplo, além do ITCMD, com o ICMS, conforme dispõe o art. 155, §2º, V, 'b', da Constituição. Assim, o presente dispositivo foge ao escopo do nosso estudo.

Não será objeto de análise desse estudo a regra matriz de incidência de cada município. Contudo, a título exemplificativo, o Município de São Paulo, estabelece ser

³⁸ Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

(...)

II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

³⁹ MACEDO, José Alberto Oliveira. ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

a base de cálculo do imposto o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, sobre o qual incidirá a alíquota de 3% (três por cento)⁴⁰.

O ponto mais importante a ser destacado a respeito do ITBI é a possibilidade de ser obtida uma imunidade tributária específica quando da transmissão dos bens imóveis ao capital social da sociedade holding, desde que esta seja estritamente patrimonial, ou seja, não exerça atividade imobiliária – de forma preponderante.

4.1.2 Não incidência do ITBI na integralização do capital social.

Trata-se de disposição expressa na Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

§2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

A preponderância da atividade imobiliária é verificada no Município da São Paulo, por exemplo, pela avaliação da receita operacional da sociedade nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição do imóvel, a qual não pode ser superior a 50% do total de sua receita⁴¹.

⁴⁰ Art. 10. O imposto será calculado:

(...)

II - nas demais transmissões, pela alíquota de 3% (três por cento).

⁴¹ É o que dispõe o Decreto n.º 55.196/2014 do Município de São Paulo:

Art. 4º Não se aplica o disposto nos incisos III a V do artigo 3º deste regulamento quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, a sua locação ou arrendamento mercantil.

§1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional do adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas no “caput” deste artigo.

§2º Se o adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no § 1º deste artigo levando em consideração os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§3º Fica prejudicada a análise da atividade preponderante, incidindo o Imposto, quando a pessoa jurídica adquirente dos bens ou direitos tiver existência em período inferior ao previsto nos §§1º e 2º deste artigo.

Essa ferramenta mostra-se de extrema importância na implementação de planejamentos sucessórios por meio da constituição de sociedade *holding* porque caso sejam integralizados bens imóveis que não rendem valores de aluguéis ou ainda que não serão destinados à venda dentro do período verificado pela respectiva prefeitura para caracterização de atividade preponderante imobiliária, será possível requerer a não incidência do ITBI.

Ainda que alguns dos imóveis que compõe o patrimônio a ser sucedido auferam renda de aluguel ou que o contribuinte deseje colocados à venda, no âmbito do planejamento sucessório é possível constituir duas sociedades – uma “patrimonial” e uma “operacional” – para segrega-los, a fim de garantir a não incidência do ITBI sobre os bens imóveis ausentes de renda.

Essa transferência mostra-se não apenas vantajosa para fins de transferência de patrimonial via sociedade *holding*, mas também como concentração do patrimônio imobiliário que auferir renda, tendo em vista a tributação vantajosa no âmbito da pessoa jurídica, conforme melhor explicado no subcapítulo 4.3., infra.

4.2 Doação com reserva de usufruto e nua-propriedade.

Na sequência à constituição e integralização do patrimônio de sociedade *holding*, a implementação de planejamento sucessório implica na doação das quotas sociais com reserva de usufruto, momento em que haverá a incidência do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), imposto que será melhor detalhado no subcapítulo 4.2.2., infra.

A simples doação de ações ou quotas sociais de empresa constituída com patrimônio a herdeiros pode acarretar alguns problemas sucessor, na medida em que a disposição de referido patrimônio pode prejudica-lo do ponto de vista material, pois irá dispor de rendimentos, bem como da administração desses bens. Por essa razão, é recomendável que se faça a doação com reserva de usufruto.

O Código Civil dispõe que o usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, abrangendo-lhe os frutos e suas utilidades⁴². O usufrutuário, assim, tem direitos à posse, uso, administração e percepção dos frutos⁴³. Ademais, o doador poderá instituir o usufruto em seu favor e também em favor de eventual cônjuge, podendo haver disposição expressa a respeito da transferência entre si no caso de falecimento de um dos doadores⁴⁴.

A reserva de usufruto significa, portanto, que o antigo proprietário do bem imóvel permanecerá, com as faculdades de usar e gozar do bem, reservando para si a administração e seus frutos, v.g., rendimentos e dividendos distribuídos pela sociedade *holding*, decorrentes do bem doado. Enquanto o novo proprietário das quotas recebidas deterá a chamada nua-propriedade.

O usufruto extingue-se pela morte do usufrutuário, momento em que a propriedade plena será constituída na figura do herdeiro donatário⁴⁵.

4.2.1 Cláusulas de restritivas do patrimônio doado.

No momento da doação das quotas com reserva de usufruto, o doador e ao mesmo tempo instituidor do usufruto poderá gravar as quotas sócias da *holding* também com cláusulas que visam proteger o patrimônio integralizado na sociedade ora doada. Tratam-se das cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade enquanto perdurar o usufruto.

A cláusula de incomunicabilidade impede que o bem recebido pelos herdeiros em antecipação de legítima integre a comunhão em razão de eventual casamento ou constituição de união estável. Assim, o herdeiro deterá para si o patrimônio recebido.

⁴² Art. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte destes, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

⁴³ Art. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.

⁴⁴ Art. 1.411. Constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada um das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente.

⁴⁵ Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis: I - pela renúncia ou morte do usufrutuário.

A inalienabilidade implicitamente também provoca a impenhorabilidade e a incomunicabilidade do bem, ainda que essas últimas não sejam expressamente citadas, conforme artigo 1.911 do Código Civil⁴⁶.

A imposição desses vínculos justifica-se pelo desejo do doador de que a propriedade então detida pelos respectivos donatários e herdeiros se dê de forma exclusiva e perene, não se comunicando a eventual cônjuge ou companheiro destes, e também para assegurar que somente os donatários detenham e usufruam o patrimônio disposto, assim como outros bens a partir dele gerados,

4.2.2 Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD).

O ITCMD é um imposto de competência Estadual que incide, basicamente, na transferência patrimonial *causa mortis* ou na doação. Assim, haverá, inevitavelmente, a incidência do ITCMD na doação de quotas sociais com reserva de usufruto. É importante, entretanto, analisarmos neste subcapítulo os detalhes dessa incidência, como a base de cálculo, a alíquota, o momento da ocorrência do fato gerador, a forma de pagamento e o sujeito passivo.

Ressalva-se, preliminarmente, que será analisado no âmbito deste trabalho, para fins didáticos e exemplificativos, a legislação de ITCMD do Estado de São Paulo.

Conforme anteriormente adiantado, no caso de doação direta de bens imóveis, o valor sobre o qual incidirá a alíquota, atualmente de 4% no Estado de São Paulo⁴⁷, é o valor venal do bem, assim considerado o seu valor de mercado na data da realização da doação, sendo que no caso de bens imóveis urbano e rural, o valor não poderá ser inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), respectivamente⁴⁸.

⁴⁶ Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

⁴⁷ Artigo 16 - O imposto é calculado aplicando-se a alíquota de 4% (quatro por cento) sobre o valor fixado para a base de cálculo.

⁴⁸ Conforme dispõe a Lei Estadual n.º 10.705, de 28.12.2000:

Ao passo que, no caso de doação de quotas de sociedade *holding*, os bens imóveis foram nela integralizados pelo seu valor de custo do DIRPF, normalmente bastante inferior ao valor de mercado ou valores venais para fins de IPTU ou ITR.

Ademais, o Decreto n.º 46.655/2002 (o Regulamento de ITCMD do Estado de São Paulo) prevê que o valor do bem doado correspondente à nua-propriedade é de 2/3 do valor total do bem. Consequentemente, o valor correspondente ao usufruto é de 1/3⁴⁹. Por essa razão, tendo em vista que, num primeiro momento, é apenas transferido ao herdeiro donatário 2/3 do valor do bem, o Regulamento de ITCMD faculta ao contribuinte efetuar o recolhimento do imposto correspondente ao usufruto (1/3 do valor do bem) apenas no momento da consolidação da propriedade plena, ou seja, na extinção do usufruto reservado pelo doador. É o que prevê o artigo 31 do Regulamento de ITCMD do Estado de São Paulo, por exemplo:

“Artigo 31. O imposto será recolhido:

I - na transmissão ‘causa mortis’, no prazo de 30 (trinta) dias após a decisão homologatória do cálculo ou do despacho que determinar seu pagamento;

II - na doação: (...)

c) nos momentos indicados no §3º, se houver reserva do usufruto, do uso ou da habitação sobre o bem, em favor do doador;

(...)

§3º Na hipótese prevista na alínea "c" do inciso II, o imposto será recolhido:

1 - antes da lavratura da escritura, sobre o valor da nua- propriedade;

2 - por ocasião da consolidação da propriedade plena, na pessoa do nu-proprietário, sobre o valor do usufruto, uso ou habitação;

3 - Facultativamente, antes da lavratura da escritura, sobre o valor da propriedade”.

O ITCMD incidente na doação das quotas, assim, será devido em dois momentos. Primeiro na data da doação da nua-propriedade e após, na data da

Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU;

II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR.

⁴⁹ Artigo 12. A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional.

§1º Considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.

§2º Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:

1 - 1/3 (um terço) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;

2 - 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;

3 - 1/3 (um terço) do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;

4 - 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.

extinção do usufruto. Entretanto, o contribuinte deverá apurar nos dois momentos o valor patrimonial das quotas da sociedade, que poderá ser diferente. Isso porque, quando se fala em doação de quotas sociais não negociada em bolsa, o valor considerado pela legislação é o seu respectivo valor patrimonial⁵⁰, que não necessariamente é igual ao valor nominal das quotas. Este, por sua vez, é apurado pela divisão do patrimônio líquido auferido no balanço patrimonial da sociedade pela quantidade de ações ou quotas representativas do capital social integralizado.

Esse tema, apesar de expressamente disciplinado na legislação, já foi objeto de discussão, tendo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pacificado no sentido de dever ser considerado o valor patrimonial das quotas doadas e não o valor venal dos bens imóveis integrantes de seu capital social. Confira-se⁵¹:

Apelação Mandado de Segurança com pedido liminar ITCMD Doação de quotas de capital social Base de cálculo do tributo **Cálculo que deve recair sobre o valor patrimonial das ações e não o ativo que integra o patrimônio da empresa** Exegese do art. 14, parágrafo 3º, da Lei 10.705/2000 – Complementação do recolhimento do referido tributo Inadmissibilidade Observância ao princípio da legalidade – Presença do direito líquido e certo Precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça – Sentença de denegação da ordem reformada Recurso provido.

A antecipação da transferência patrimonial, ainda que verifica a incidência do ITCMD, mostra-se assim bastante vantajosa, na medida em que o planejamento sucessório reduz demasiadamente a base de cálculo do imposto e fixa sua incidência sobre a alíquota atual de 4% que, conforme verificado na contextualização deste trabalho, não deve assim permanecer por muito tempo.

4.3 Tributação da atividade imobiliária na Pessoa Jurídica.

⁵⁰ Artigo 14. No caso de bem móvel ou direito não abrangido pelo disposto nos artigos 9º, 10 e 13, a base de cálculo é o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da transmissão ou do ato translativo.

(...)

§3º Nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação ou não tiver sido negociado nos últimos 180 (cento e oitenta) dias, admitir-se-á o respectivo valor patrimonial.

⁵¹ Apelação nº 1004565-06.2014.8.26.0032, Rel. MARCELO L THEODÓSIO; 11ª Câmara de Direito Público; j. em 28.7.2015, grifos nossos.

Em primeiro lugar, destacamos que será objeto de análise a tributação da atividade imobiliária de sociedade optante pelo lucro presumido, tendo em vista ser o regime de tributação mais utilizado no direito brasileiro⁵², bem como ser a forma mais favorável de apuração do lucro para atividades imobiliárias no âmbito de uma pessoa jurídica.

Assim, mesmo que seja possível uma sociedade *holding* imobiliária optar pela tributação pelo lucro real, ou ainda pelo regime simplificado do Simples Nacional, estas não serão objeto de estudo neste trabalho.

A tributação pelo lucro presumido é uma forma simplificada de auferir a base de cálculo sobre a qual incidirá o Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Nessa sistemática, a base de cálculo do imposto é calculada pela aplicação de um percentual de presunção de lucro sobre a receita bruta auferida no período, que varia de acordo com o ramo de atividade⁵³. O percentual de presunção da atividade imobiliária de locação é de 32%, enquanto que para a venda de bens imóveis é de 8%, conforme artigos 518 e 519 do Regulamento do Imposto de Renda.

A alíquota aplicada sobre a base de cálculo calculada na forma acima explicada é de 15% para IRPJ, 10% adicional relativa à parcela que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$20.000,00 (vinte mil reais) pela quantidade de meses do período de apuração, e 9% para CSLL, conforme artigos 228 e do Regulamento do Imposto de Renda⁵⁴ e 3º da Lei n.º 7.689, de 15.12.1988⁵⁵.

Por fim, sobre a receita bruta da atividade imobiliária auferida pela sociedade *holding* constituída, incidirão as contribuições ao Programa de Integração Social (PIS)

⁵² A apuração do lucro pelo regime do lucro real é destinada, obrigatoriamente, a pessoas jurídicas cuja receita bruta seja superior a R\$78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais).

⁵³ Art. 518. A base de cálculo do imposto e do adicional (541 e 542), em cada trimestre, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida no período de apuração, observado o que dispõe o §7º do art. 240 e demais disposições deste Subtítulo.

⁵⁴ Art. 228. O imposto a ser pago mensalmente na forma desta Seção será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

Parágrafo único. A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a vinte mil reais ficará sujeita à incidência de adicional do imposto à alíquota de dez por cento.

⁵⁵ Art. 3º A alíquota da contribuição é de:

III - 9% (nove por cento), no caso das demais pessoas jurídicas.

e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). A primeira à alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 3% (três por cento)⁵⁶.

A demais da maior complexidade na apuração dos impostos devidos pela pessoa jurídica decorrentes da atividade imobiliária vis-à-vis o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF), caso tais rendimentos sejam auferidos diretamente pela pessoa física, é facilmente ser verificado o benefício financeiro existente.

Veja-se o seguinte exemplo, da tributação de um rendimento bruto de R\$800.000,00 no âmbito de uma sociedade *holding* que efetue a apuração pelo lucro presumido em comparação com a tributação no âmbito da pessoa física:

Sociedade Holding	
Receita Bruta	800.000,00
Base presumida	256.000,00
IRPJ (15%)	38.400,00
Adicional (10%)	1.600,00
CSLL (9%)	23.040,00
PIS (0,65%)	5.200,00
COFINS (3%)	24.000,00
Total	92.240,00
Alíquota efetiva	11,53%

Pessoa Física	
IRPF (Tabela progressiva)	209.567,68
Alíquota efetiva	26,20%

Note-se que se trata de uma diferença de alíquota efetiva de 14,67% a mais na tributação de rendimentos de aluguéis na pessoa física. Por mais esse motivo, a transferência e tributação de patrimônio imobiliário via sociedade *holding* vê-se como um planejamento tributário vantajoso.

⁵⁶ Conforme dispõe o artigo 4º, IV, da Lei n.º 9.718/1998:

Art. 4º. As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS devidas pelos produtores e importadores de derivados de petróleo serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas:

(...)

IV - sessenta e cinco centésimos por cento e três por cento incidentes sobre a receita bruta decorrente das demais atividades.

Ademais, também é importante considerar os casos de alienação dos bens imóveis incorporados no capital social de referida empresa. No caso de os imóveis serem destinados à venda, é importante que, para fins de tributação como rendimento da atividade imobiliária, à alíquota de presunção de 8%, estejam contabilizados no ativo circulante na conta “estoque” e não como ativo imobilizado, para fins de tributação como rendimento da atividade imobiliária.

Ademais, deve ser feito um cálculo a fim de verificar qual a forma mais vantajosa de se tributar esse rendimento, se (i.) como rendimento da atividade imobiliária, com aplicação dos tributos sobre a alíquota de presunção de 8% sobre o total do rendimento recebido (valor de alienação); ou (ii.) ou se como ganho de capital, em que será aplicada a alíquota efetiva de 34% (15% de IRPJ, 10% de adicional e 9% de CSLL) sobre a diferença entre o valor de venda e o custo de aquisição do bem imóvel. Confira-se, novamente, o seguinte exemplo comparativo, pois, a depender do custo de aquisição do bem imóvel, a apuração do ganho de capital e pagamento do imposto pode ser mais vantajosa do que a apuração na forma do lucro presumido:

Hipótese 1. Apuração de rendimentos totais de R\$1.500.000,00 como receita da atividade da venda de bem imóvel:

Sociedade Holding	
Receita Bruta da venda	1.500.000,00
Base presumida (8%)	120.000,00
IRPJ (15%)	18.000,00
Adicional (10%)	-
CSLL (9%)	10.800,00
PIS (0,65%)	9.750,00
COFINS (3%)	45.000,00
Total	83.550,00
Alíquota efetiva	5,57%

Hipótese 2. Apuração de ganho de capital da venda de bem imóvel cujo custo de aquisição é R\$1.300.000,00 e o valor de alienação é R\$1.500.000,00.

Pessoa Jurídica	
Custo de aquisição	1.300.000,00
Valor de alienação	1.500.000,00
Ganho de capital	200.000,00

IRPJ e CSLL (34%)	68.000,00
--------------------------	------------------

Não obstante essas diferenças, ainda que no âmbito da Pessoa Física, nesse caso, seja pago um valor de imposto de renda menor, a longo prazo, referido planejamento tributário e sucessório é mais vantajoso, tendo em vista as demais vantagens tributárias verificadas.

Após a apuração do imposto, a sociedade poderá distribuir dividendos aos seus sócios, ou ao usufrutuário no caso de já ter ocorrida a doação das quotas, sem tributação de qualquer imposto adicional.

5 CONCLUSÕES

O planejamento sucessório consistente na constituição de sociedade *holding*, seja ela patrimonial ou imobiliária, ou ainda cumulativamente as ambas, mostrou-se um mecanismo detalhadamente complexo, mas extremamente eficaz de todos os ângulos de visão.

Conforme destacado no início do presente trabalho os dizeres de Daniel Peixoto⁵⁷ sobre o planejamento sucessório, foi possível demonstrar com este estudo todos os aspectos relevantes de um planejamento tributário eficaz.

O presente estudo demonstrou todos os aspectos destacados acima. Primeiro, a validade e sua possibilidade frente a qualquer fiscalização. Segundo, pelo fato de o planejamento sucessório ser relevante para destinar e ajusta a distribuição dos bens que serão deixados conforme os interesses pessoais do seu titular e de seus herdeiros. Terceiro, porque evita os custos e o desgastes dos herdeiros em vivenciar

⁵⁷ Planejar sucessão significa organizar o processo de transição do patrimônio levando em conta aspectos como (i) ajuste de interesses entre os herdeiros na administração dos bens, principalmente quando compõe capital social de empresa, aproveitando-se da presença do fundador como agente catalisador de expectativas conflitantes, (ii.) organização do patrimônio de modo a facilitar a sua administração, demarcando com clareza o ativo familiar do empresarial, (iii.) redução de custos com eventual processo judicial de inventário e partilha que, além de gravoso, adia por demasiado a definição de fatores importantes na continuidade da gestão patrimonial, e, por último, (iv.) conscientização acerca do impacto tributário dentre as várias opções lícitas de organização do patrimônio, previamente à transferência, de modo a reduzir seu custo; PEIXOTO, Daniel Monteiro. Sucessão Familiar e Planejamento Tributário I. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009.

um processo de inventário e partilha que não apenas possui um alto custo – processual, com honorários advocatícios e tributos mais caros – mas pode causar transtornos na vida das partes.

E, por fim, o planejamento sucessório demonstrou ser tributariamente muito mais eficaz do que a sucessão *causa mortis*. Dentre os aspectos tributários, destacamos (i.) a tributação da atividade imobiliária no âmbito das pessoas jurídicas vis-à-vis no âmbito das pessoas físicas; e (ii.) a enorme desconto do ITCMD incidente, seja pela redução da base de cálculo do imposto, na medida em que são doadas quotas sociais com patrimônio integralizado à custo de IRPF, seja pela alíquota de 4% atualmente vigente no Estado de São Paulo.

6 BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Paulo Ayres. Segurança Jurídica no Planejamento Tributário. In: Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. 14º Vol. São Paulo: Dialética, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Cristiano. Breves Considerações sobre Elisão e Evasão Fiscais. In: Planejamento Tributário. São Paulo: MP Editora, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTALUNGA, Karime, KIRSCHBAUM, Deborah, e PRADO, Roberta Nioac. Sucessão Familiar e Planejamento Societário I. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Angélica S. de Souza. In.: ANDRADE, José Maria Arruda de, PEIXOTO, Marcelo Magalhães, coordenadores. Planejamento Tributário. São Paulo: MP Ed., 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. A Norma Antielisiva Geral. In: Planejamento Tributário. São Paulo: MP Editora, 2007.

FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. A interpretação econômica no Direito Tributário, a Lei Complementar nº 104/2001 e os limites do planejamento tributário. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001.

FONSECA, Priscila Correa da, PRADO, Roberta Nioac, KIRSCHBAUM, Deborah, e CASTALUNGA, Karime. Fraude à Meação do Cônjuge, Dissolução Societária e Medidas Processuais. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2004.

LONGO, José Henrique, COSTALUNGA, Karime, PRADO, Roberta Nioac, e PEIXOTO, Daniel Monteiro. Sucessão Familiar e Planejamento Tributário II. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009.

MACEDO, José Alberto de Oliveira. ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAMEDE, Gladston, e MAMEDE, Eduarda Cotta. Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico. São Paulo: Atlas, 2011.

MAMEDE, Gladston, e MAMEDE, Eduarda Cotta. Empresas Familiares: Administração, Sucessão e Prevenção de Conflitos entre Sócios. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Gladston, e MAMEDE, Eduarda Cotta. Divórcio, Dissolução e Fraude na Partilha de Bens: Simulações Empresariais e Societárias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 36ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maria. Perspectivas para o planejamento sucessório. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, v. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Os Limites Éticos do Planejamento Tributário. In: Planejamento Tributário. São Paulo: MP Editora, 2007.

OCHMAN, Renato. As Estruturas Societárias no Planejamento Sucessório. In: Direito, Gestão e Prática: Empresas Familiares: Governança Corporativa, Governança Familiar e Governança Jurídica (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2011.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. Sucessão Familiar e Planejamento Tributário I. In: Direito Societário: Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2009.

Projeto de Lei Estadual n.º 1.048, publicado no Diário da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, página 14 em 29.10.2015.

Projeto de Lei n.º 5.205, apresentado à Câmara dos Deputados em 06.05.2016.

RODRIGUES, Aldenir Ortiz, PROENÇA, André Eduardo de, BUSCH, Cleber Marcel, GARCIA, Edino Riberito, e TODA, William Haruo. Aspectos Jurídicos do Planejamento Tributário. 2ª ed. São Paulo: IOB Folhamatic, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITA, Rodrigo de (org.). Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TORRES, Heleno. Proposta de adicional de ITCMD é inconstitucional; Conjur de 31.08.2016. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2016-ago-31/proposta-adicional-itcmd-uniao-inconstitucional>>. Acessado em: 02.02.2018.