

Revista SÍNTESE

Direito de Família

107 – Abr-Maio/2018

Conselho Editorial

Álvaro Villaça Azevedo

Daniel Ustároz

João Baptista Villela

José Roberto Neves Amorim

Priscila M. P. Correa da Fonseca

Sergio Matheus Garcez

Sergio Resende de Barros

sage

SÍNTESE

Holding Familiar: uma Alternativa Segura de Proteção Patrimonial, Planejamento Sucessório e Tributário

Holding Family: it a Safe Alternative of Patrimonial Protection, Inheritance and Tax Planning

CLÁUDIO TESSARI

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities, Pós-Graduado em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Professor livre docente dos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities, Pós-Graduação em Direito Tributário da PUCRS-IET, Pós-Graduação da Faculdade de Administração, Contabilidade e Economia da PUCRS, Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões da PUCRS, Pós-Graduação em Direito e Gestão Tributária da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Pós-Graduação em Direito de Família Contemporâneo e Mediação da Faculdade de Desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Sul – Fadergs, Pós-Graduação em Direito de Família e MBA em Direito de Empresa com ênfase em Direito Tributário do Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC, Sócio do Instituto de Estudos Tributários – IET, Sócio da Bernardon, Gerent & Tessari Advogados Tributaristas Associados S.S., Advogado Tributarista em Porto Alegre/RS.

CAMILA BANDEL NUNES PINHEIRO

Pós-Graduada em Direito de Família Contemporâneo e Mediação pela Faculdade de Desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Sul – Fadergs, Pós-Graduada em Direito Civil e Prática Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC, Pós-Graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS-IET, Advogada em Porto Alegre/RS, Membro do Grupo de Pesquisa em Processo e Argumentação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Membro do Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões e Mediação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

FERNANDA DA ROSA MOREIRA

Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Advogada em Montenegro/RS.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a *holding* familiar como alternativa de planejamento tributário, visando à compreensão do seu conceito e de seus objetivos, sobretudo no que se refere à proteção do patrimônio familiar, ao processo de sucessão hereditária e à redução de custos e despesas, em especial a economia tributária. Serão analisados, também, os critérios assegurados para que a *holding* familiar se constitua em um mecanismo de planejamento tributário efetivo e seguro e obste futuras autuações por parte do Fisco.

PALAVRAS-CHAVE: *Holding* familiar; proteção patrimonial; sucessão hereditária; planejamento tributário; norma geral antielisiva; dissimulação; propósito negocial.

ABSTRACT: This article deals with the family *holding* company as an alternative to tax planning, aiming to understand its concept and objectives, especially regarding the protection of family assets, the inheritance process and the reduction of costs and expenses, in especially the tax economy. It will also analyze the criteria ensured that the family *holding* company is an effective and safe tax planning mechanism and obstructs future assessments by the Treasury.

KEYWORDS: Family *holding*; patrimonial protection; hereditary succession; tax planning; antielisiva general standard; concealment; business purpose.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações acerca das sociedades *holdings*; 1.1 Da *holding* familiar; 2 Principais objetivos da *holding* familiar; 2.1 Da proteção patrimonial; 2.2 Do planejamento sucessório; 2.3 Do planejamento tributário; 3 A *holding* familiar como arma efetiva e segura de planejamento tributário; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Ante a complexidade das relações familiares e a alta carga tributária suportada pelos contribuintes, torna-se imprescindível a elaboração de um planejamento patrimonial, sucessório e tributário, razão pela qual a constituição de uma *holding* familiar desponta como importante alternativa para melhor atender aos interesses de um grupo familiar, visto que “temas como a sucessão, impostos *causa mortis*, imposto fortuna, doação são também temas mais fáceis de equacionar abrigados sob a proteção da *holding*”¹.

Objetiva-se com o presente artigo, portanto, analisar as vantagens decorrentes da constituição de uma *holding* familiar, especialmente no que se refere à concentração e proteção do patrimônio familiar, otimizando a administração e afastando o risco da dilapidação patrimonial; à realização de um plano sucessório, evitando a delonga, os custos e os desgastes familiares decorrentes do processo de inventário; bem como à redução da carga tributária, especialmente quanto à incidência do imposto de transmissão de bens imóveis – ITBI, imposto de transmissão *causa mortis* e doação – ITCMD e imposto de renda – IR.

1 TEIXEIRA, João Alberto Borges. *Holding* familiar. Tipo societário e seu regime de tributação. In: BRINTO, Edvaldo Pereira (Coord.). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, a. 17, p. 234, mar./abr. 2009.

Por fim, com o intuito de assegurar a realização de um planejamento tributário legítimo e seguro, evitando a alegação da autoridade fiscal do uso irau-
dulento da *holding* familiar, demonstrar-se que a *holding* familiar é uma arma
efetiva e segura de planejamento tributário, dentro dos critérios limitadores à
realização dos planejamentos tributários pelos contribuintes.

Diante dessas considerações, imprescindível e indiscutível a importância
da figura da *holding* familiar no ordenamento empresarial, conforme será apro-
fundado nos tópicos seguintes.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS SOCIEDADES HOLDINGS

A complexidade das relações do setor empresarial passou a exigir uma
nova postura no tocante a sua organização e a sua atuação, visando, sobretu-
do, à redução de custos e ao incremento da sua receita. Para o sucesso desse
novo modelo de atividade empresarial, o Direito revela-se indispensável, pois,
somente a partir de um programa jurídico adequado, o negócio se desenvolverá
de maneira segura e dentro dos limites da licitude do planejamento tributário, a
fim de inibir futuras autuações fiscais e obter o resultado desejado.

De tempos em tempos, o ambiente empresarial é sacudido por tendências ou,
como denunciam alguns, por modismos que são repetidos como ladainhas e,
assim, tornam-se obrigações para os gestores empresariais. Esses movimentos
conceituais que propõem novas posturas na organização e na atuação empresaria-
l são habitualmente respostas às grandes demandas que se verificam em cada
tempo. (Mamede, 2016, p. 1)

Para tanto, uma das ferramentas utilizadas para melhorar os resultados
empresariais, seja por meio da redução dos encargos fiscais, seja por meio
da proteção patrimonial, são as chamadas *holdings*, as quais podem “assumir
não apenas o papel de núcleo de liderança, mas o núcleo de representação”
(Mamede, 2016, p. 66) e, inclusive, “serve para centralizar as decisões e a ad-
ministração de várias empresas de um mesmo grupo empresarial” (Teixeira,
2009, p. 234).

A *holding* “tem origem no Direito norte-americano” (Teixeira, 2009,
p. 234) e “surgiu como fenômeno da vida econômica, e não como forma de
organização criada, originariamente, pelo Direito legislado” (Franke, 1976,
p. 65). No Brasil, consolidou-se com a publicação da Lei nº 6.404/1976 (Lei das
Sociedades por Ações²).

2 “Art. 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 inventivos fiscais.”

Ainda que a *holding* não seja um tipo societário específico, possui todas as características da sociedade, qual seja, a participação no capital de outras sociedades, inclusive, porque a “atividade comercial que caracteriza empresa – a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (Mamede, 2016, p. 14) – está presente nesse tipo social.

Depreende-se que a *holding* é uma sociedade independente que tem como fim participar de outras sociedades, como bem define a doutrina: “É, pois, uma ferramenta administrativa” (Rocha Junior, 2014, p. 25).

Assim, a *holding* serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens móveis, imóveis, participações societárias, propriedade industrial (marca, patente), investimentos financeiros etc. Comumente, as pessoas mantêm esses bens e direitos em seu patrimônio pessoal. Logo, para certos perfis de pessoas e de patrimônios, pode ser viável a constituição de uma sociedade, ou de uma estrutura societária – duas ou mais sociedades – com a intenção de assumirem a titularidade de bens, direitos e créditos, bem como a própria titularidade de atividades comerciais. (Rocha Junior, 2014, p. 24)

A *holding* pode ser classificada (Mamede, 2016, p. 12) como pura, de controle, de participação, de administração, mista, patrimonial, imobiliária. Variação que depende do interesse das necessidades familiares, julgamento em que “o advogado não só pode, como deve, compreender as tendências do Direito e, assim, ser capaz de análises que incluam táticas diversas para que se possa alcançar resultados assim ou assado, conforme a avaliação e opção de seus consultantes” (Mamede, 2016, p. 7).

Apesar dessa aptidão que os profissionais da área do Direito, combinada com as áreas financeiras e contábeis, devem ter, muitos consultantes acreditam que a *holding* sirva como blindagem patrimonial, conquanto “não existe blindagem patrimonial absoluta ou permanente” (Rocha Junior, 2014, p. 33).

A blindagem patrimonial é limitada, pois nos casos, por exemplo, em que as cláusulas sociais impeçam que terceiros adentrem a sociedade, estes, se credores, ou meeiros ou herdeiros da parte legítima, poderão invocar sua quota-parte em dinheiro ou bens, não uma fatia social. Não existem “fórmulas milagrosas, inclusive a famigerada blindagem patrimonial, rótulo sob a qual foram elencadas promessas diversas, como uma vertiginosa redução de encargos fiscais, proteção dos bens contra iniciativas de credores, inclusive a fazenda pública etc.” (Mamede, 2016, p. 63 e 64).

Quem dera que todos os planejadores (advogados, contadores e profissionais afins) dispusessem de conhecimento técnico e humildade para com-

partilharem suas deficiências e bem planejassem, sem riscos, a constituição das *holdings*, evitando muitas vezes os reflexos da evasão e elusão tributária, impedindo surpresas aos clientes que buscam a ferramenta da *holding* para estruturarem e planejarem a programada sucessão e a manutenção de seus legados.

Dentre as tantas ferramentas ofertadas pelas *holdings*, ao que aqui interessará será a *holding* familiar.

Esse estilo de administração é muito adequado às famílias que se interessam em centralizar o controle de seus bens e organizar o planejamento sucessório, prevendo e antecipando todo e qualquer prejuízo (sucessório e tributário) que possa ocorrer quando ainda fracionada. Por isso, aprofundar-se-á o tema. Acompanhe.

1.1 DA *HOLDING* FAMILIAR

A expressão *holding* familiar foi “cunhada ao longo da evolução jurídica da humanidade; essa figura é simplesmente fascinante por sua realidade e por suas potencialidades” (Mamede, 2016, p. 47), inclusive por atender a objetivos variados.

Constituída com o intuito de ser proprietária, concentrando a totalidade ou parte do patrimônio de uma mesma família, a *holding* familiar é uma pessoa jurídica de tipo não especificado, já que

é caracterizada essencialmente pela sua função, pelo seu objeto, e não pela natureza jurídica ou pelo tipo societário. Pode ser uma sociedade contratual ou estatutária, pode ser uma sociedade simples ou empresária. Ademais, pode adotar todas as formas (ou tipos) de sociedades. [...]. Só não pode ser sociedade cooperativa. (Mamede, 2016, p. 99)

A constituição destas empresas deve ter como objetivo principal a realização de negócios jurídicos de boa-fé, isto é, válidos e dentro das possibilidades legais de redução de carga tributária, simplificação do processo sucessório, redução de despesas com partilhas e inventários, entre outras. (Rocha Junior, 2014, p. 67)

Para tanto, pessoas físicas e jurídicas conferem seus bens à *holding*, a qual passa a substituir essas pessoas na titularidade dos bens, preservando, assim, a exposição dos seus sócios. Já os antigos proprietários, as pessoas físicas ou jurídicas, hoje sócias da *holding*, passam a receber participações nessa sociedade.

Importante nos dias atuais, em razão da redução de tributos por meio da elisão fiscal, a constituição desta modalidade de *holding* objetiva, ainda, a proteção patrimonial, eis por que a sua implantação “decorre dos riscos e custos elevados de se ter um patrimônio substancial em nome de pessoas físicas” (Rocha Junior, 2014, p. 27).

A chamada *holding* familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma *holding* pura ou mista, de administração, organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária, etc. (Mamede, 2016, p. 12)

Quando da constituição da *holding*, importante referir que todos os bens com relevância econômica poderão ser incorporados à *holding*, unificando o controle sobre estes bens (patrimônio).

Já as cláusulas contratuais, “relativas ao objeto social da *holding*, devem ser analisadas e elaboradas conforme a vontade dos sócios ou acionistas, com observância da legislação que rege a matéria e com finalidade lícita” (Rocha Junior, 2014, p. 66). Além disso, “é a livre vontade de pessoas físicas ou grupos familiares para exercerem o poder durante alguns anos predeterminados e sob condições negociadas e registradas” (Teixeira, 2009, p. 242).

Ressalte-se que a sociedade *holding* familiar, por ser contratualista, poderá trazer em seu instrumento de constituição, entre outras especificações, a quem caberá a sua administração e o procedimento no caso de morte ou retirada de algum dos sócios, de modo que nessa última hipótese poderá constar no contrato social a preferência na compra de quotas pelos sócios remanescentes, visando, justamente, à conservação dos bens na família por muitas gerações e impedindo que terceiros integrem essa sociedade sem a concordância dos demais sócios.

Resta, assim, consolidada a almejada organização fiscal e hereditária, efetivando-se a estabilidade patrimonial dentro da *holding* familiar.

2 PRINCIPAIS OBJETIVOS DA *HOLDING* FAMILIAR

Diante do atual e do crescente cenário de disputas que ocorrem no seio familiar, especialmente no que tange à sucessão hereditária, a criação de uma *holding* familiar revela-se um importante instrumento para a fixação de regras que visem garantir um bom relacionamento familiar a longo prazo, perpetuar a riqueza da família e reduzir os custos fiscais decorrentes da manutenção desse patrimônio.

Conforme já visto, a *holding* familiar é constituída com o patrimônio das pessoas físicas (membros de determinada família) que a compõem, as quais integralizam seus bens nesta sociedade em forma de capital social. Assim, ao invés de essas pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, elas os

possuem através da uma pessoa jurídica, da qual passam a ser detentoras de quotas e estão vinculadas por meio de contrato ou estatuto social.

Nesse contexto, verifica-se que a constituição de uma *holding* familiar objetiva, sobretudo, proteger o patrimônio familiar, bem como planejar a sucessão e a tributação, facilitando a sucessão hereditária e reduzindo encargos fiscais. Acompanhe os reflexos.

2.1 DA PROTEÇÃO PATRIMONIAL

A constituição de uma *holding* familiar visa à proteção do patrimônio pessoal do sócio de inúmeras situações, inclusive da responsabilidade solidária de empresas das quais possa participar, conforme prescreve o Código Tributário Nacional³, bem como de problemas relativos a sua vida pessoal, os quais podem provocar medidas judiciais, como, por exemplo, penhora de bens, busca e apreensão etc.

A constituição de uma *holding* familiar acaba por dar uma melhor administração aos bens que compõem a sociedade, resguardando-os de questões externas. Veja que dificuldades financeiras pessoais (particulares), discordâncias familiares, entre tantas outras questões, não devem afetar as operações da sociedade e tudo deverá ser decidido conforme o especificado no instrumento de constituição da *holding*, daí por que a afirmação de que a *holding* familiar “age como uma unidade jurídica e não como pessoas físicas emocionadas” (Teixeira, 2009, p. 242).

Ademais, quando se fala em proteção patrimonial decorrente da constituição de uma *holding* familiar, objetiva-se, também, a solução de problemas relativos à desagregação familiar, sobretudo ao elevado número de divórcios que se verifica nos dias atuais, o que, por vezes, coloca em risco o patrimônio pessoal e familiar.

Impõe-se destacar, porém, que a transferência do patrimônio pessoal para a pessoa jurídica, a fim de preservá-lo de questões decorrentes de responsabilidade, deve atender aos limites impostos pela legislação, caso contrário acabaria beneficiando aquele que pretende se eximir das obrigações assumidas.

Nesse sentido, a doutrina ensina que não existe proteção patrimonial absoluta, pois, caso a criação da *holding* familiar seja realizada de forma ilícita, com o intuito de má-fé, de fraudar, de tornar-se insolvente, de gerar insegurança jurídica a fim de causar prejuízos a terceiros, principalmente ao Fisco, se com-

3 CTN: “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos: [...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

provada essa evasão fiscal, ocorrerá o afastamento da personalidade jurídica e os sócios responderão pessoalmente pelas obrigações da sociedade. Contudo, nesse sentido, a referência doutrinária a seguir transcrita.

Percebe-se que, na constituição de uma *holding*, os bens não são atingidos diretamente, salvo em situações extremas que possam resultar na desconsideração da personalidade jurídica, de maneira que, na *holding*, o que se torna passível de apropriação de terceiros são os seus frutos e rendimentos, não as quotas sociais.

Outro ponto importante quanto à proteção patrimonial refere-se à composição societária, já que, sendo uma sociedade contratualista, poderá evitar-se o ingresso de terceiros na *holding* familiar sem a anuência dos demais sócios e, assim, obstar o acesso de estranhos ao patrimônio da família.

E, assim, o direito societário e o empresarial protegem o patrimônio e os interesses da *holding* familiar.

2.2 DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

A finalidade da sociedade *holding* familiar é também simplificar e agilizar o processo de sucessão dos bens deixados para os herdeiros-sócios integrantes dessa sociedade, já que se pretende estruturar o patrimônio familiar de maneira a evitar futuros conflitos entre os beneficiados da herança e tornar a sucessão patrimonial menos dispendiosa (financeiramente) possível.

O planejamento sucessório é vital para a preservação e o desenvolvimento saudável das atividades de uma empresa. A transferência de bens para os herdeiros sem um planejamento sucessório ou com um planejamento sucessório inadequado traz reflexos negativos para o andamento dos negócios, podendo, inclusive, acarretar no encerramento de empresas que, em inúmeros casos, exigiram anos e anos de dedicação de uma família (Mamede, 2016, p. 87).

Quando o assunto é direito sucessório, um dos primeiros pensamentos que vêm à mente são os conflitos familiares que nascem ou reaparecem no momento da sucessão, mas as normas jurídicas bem separaram a família e o afeto num grupo (direito sucessório) e os sócios e os negócios em outro (direito empresarial); ainda que a figura da família e dos sócios se confunda, há dispositivos legais que regulamentam as relações do direito societário.

O direito de família não cometeu o erro de pretender criar regras detalhadas para definir o relacionamento entre irmãos, pais e filhos etc., o que seria um equívoco, considerando a carga eminentemente afetiva dessas relações pessoais. No entanto, o direito empresarial e, mais especificamente, o direito societário constituíram-se como disciplinas jurídicas que não estão atreladas às limitações

emotivas e, justamente por isso, puderam sobrepor normas para a convivência entre os sócios. (Mamede, 2016, p. 68)

Então, os conflitos familiares quando, referentes à sociedade, serão resolvidos com fulcro nas normas empresariais/societárias, pois os herdeiros, “cegos por impulsos primitivos de disputa, acabam por não perceber que se enfraquecem mutuamente quando enfraquecem o poder que a família tem sobre empresa(s) ou grupo de empresas. Na busca de uma vitória, todos perdem” (Mamede, 2016, p. 68).

Assim, a eclosão de conflitos familiares, quando versarem sobre as questões afetadas à *holding*, encontrará nas balizas do direito empresarial um mecanismo seguro de resolução. O regime jurídico empresarial e, mais especificamente, o regime jurídico societário foram desenvolvidas, ao longo dos séculos, para atender aos desafios da convivência entre os indivíduos, evitando que as desavenças eventuais possam pôr em risco a organização produtiva. (Mamede, 2015, p. 115)

No entanto, ainda que não se verifiquem disputas entre herdeiros ou inabilidade destes na condução do patrimônio ou dos negócios familiares, o planejamento sucessório prévio revela-se como a melhor alternativa para desembaraçar os procedimentos decorrentes do evento morte, já que permite encontrar alternativas lícitas que afastem a prática de atos que podem resultar em hipóteses de incidências tributárias, o que gerará menor oneração fiscal quando da transferência do patrimônio aos sucessores.

Isto é posto porque, ocorrendo o evento morte, abre-se a sucessão, transferindo-se a herança aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme determina o art. 1.784 do Código Civil, sendo que, de acordo com o art. 1.786 do mesmo diploma legal, a sucessão se dará por força de lei ou por disposição de última vontade, ou seja, sucessão para os herdeiros legítimos e sucessão para os herdeiros testamentários, respectivamente, e, ao final do trâmite do inventário, haverá incidência tributária.

O inventário é procedimento especial do direito processual, que pode tramitar por muitos anos, a depender dos ânimos das partes. Outro ponto de expressiva relevância é o alto custo para sua operacionalização, inclusive com a incidência do caro imposto de transmissão *causa mortis* e doação – ITCMD. Veja que esses dois pontos aqui indicados poderão ser evitados quando o patrimônio familiar, que seria alvo dessa disputa judicial, estiver no acervo patrimonial da *holding* e os futuros sucessores já compuserem o quadro societário. A composição societária referida deverá ser realizada mediante um planejamento sucessório prévio e lícito.

A constituição de uma *holding*, em oposição, viabiliza a antecipação de todo esse procedimento e pode, mesmo, evitar o estabelecimento de disputas, na

medida em que permite que o processo de sucessão à frente da(s) empresa(s) seja conduzido pelo próprio empresário ou empresária, na sua condição de chefe e orientador da família, além de responsável direto pela atividade comercial. [...] A morte causa apenas danos sentimentais e não danos patrimoniais. Já está definido que todos os herdeiros são sócios da *holding* e, assim, participam dos lucros da(s) empresa(s), assim como já está definida a administração das atividades comerciais, por herdeiros ou por administração profissional. (Mamede, 2016, p. 92)

Logo, a sucessão patrimonial torna-se mais célere e serena quando ocorre através de uma *holding*, visto que o patrimônio familiar integralizado nesta sociedade *holding* deverá atender às regras atinentes à sucessão previamente disciplinadas no instrumento de constituição, o contrato social, no caso das limitadas. Evitam-se, assim, percalços nas atividades da sociedade, bem como os longos, penosos e dispendiosos procedimentos do inventário, uma vez que estará determinado que os herdeiros não recebam bens determinados, mas sim quotas da sociedade.

Relativamente à transferência de quotas desta sociedade *holding*, os estudiosos do tema (Mamede, 2016, p. 93) ensinam, ainda, que será importante definir se esta ocorrerá antes ou após a morte. Caso ocorra antes, portanto em vida, a transferência se dará por meio de doação, caracterizando adiantamento de legítima, entrega antecipada da parte que caberá aos herdeiros necessários após a morte. Caso ocorra a transferência após a morte, utiliza-se o testamento para determinar que o controle da *holding* permaneça com os ascendentes, transferindo-se para os descendentes somente após a morte, ou os ascendentes poderão gravar a doação com cláusula de usufruto vitalício, por meio da qual se transfere aos descendentes somente a nua propriedade das quotas, de maneira que ascendentes, na condição de usufrutuários, poderão exercer os direitos relativos àquelas quotas, receber seus dividendos, bem como administrar a *holding* e os demais investimentos da família.

O planejamento sucessório permite aos ascendentes proteger o patrimônio que será transferido aos herdeiros por meio da inclusão, no contrato ou estatuto social, de cláusulas de proteção, inclusive vitalícias, quais sejam: cláusula de incomunicabilidade, nos termos do art. 1.668, I, do Código Civil⁴, pela qual os bens com este gravame não entrarão na comunhão, independente do regime de bens adotado no casamento; cláusula de inalienabilidade, de forma que os bens tornam-se indisponíveis, não sendo possível a sua alienação a qualquer

4 “Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I – os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.”

título; e cláusula de impenhorabilidade, a qual evita que o bem com este gravame seja objeto de penhora, e, assim, não responderá por dívidas contraídas pelo sucessor.

Todos esses gravames visam evitar a dilapidação dos bens da família pelos herdeiros, garantindo a preservação do patrimônio familiar por muitas gerações, mas também se deve atentar às disposições do art. 1.848⁵ do Código Civil, regra sucessória, pois “não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima” (Mamede, 2016, p. 93).

Ademais, o planejamento sucessório na *holding* familiar admite regulamentação no contrato social de procedimento no caso de falecimento dos sócios. Ocorrendo a morte de um dos sócios, o art. 1.028 do Código Civil⁶ determina o procedimento de liquidação das quotas do falecido, salvo se o contrato dispuser de forma diversa, o que é possível. Sendo assim, o contrato social da *holding* familiar fixará a sucessão das quotas, e no que importa: a partilha ocorrerá de forma mais ágil e prática.

Por fim, a cessão de quotas é outra forma de transferência de bens dentro da sociedade e antes do falecimento de um dos sócios, a qual deverá estar prevista no contrato social da *holding* familiar e viabiliza que o cedente possa transferir a totalidade de suas quotas, retirando-se da sociedade, ou parte de suas quotas, permanecendo na sociedade.

Extrai-se dessa digressão que o planejamento sucessório poderá ser realizado mediante cláusulas contratuais, forma simplista de acesso ao acervo hereditário.

2.3 DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

A *holding* familiar, além das finalidades acima abordadas, objetiva também a economia fiscal por meio da exclusão ou redução do ônus tributário, especialmente no que se refere ao imposto sobre transmissão de bens imóveis – ITBI, imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação – ITCMD e imposto de

5 “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.”

6 CC: “Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I – se o contrato dispuser diferentemente; [...]”.

renda – IR, constantes, respectivamente, nos arts. 156, II⁷, 155, I⁸, e 153, III⁹, da Constituição Federal.

É preciso analisar detalhadamente como seria a tributação na pessoa física comparada à pessoa jurídica, para saber o que levaria à menor tributação. [...]. A análise deve ser feita antes da constituição da sociedade, para que não haja arrendimentos futuros. (Rocha Junior, 2014, p. 38)

Primeiramente, cumpre destacar que a constituição de uma sociedade requer a transferência de valores para a formação do seu capital social, o qual “é o montante do investimento feito pelos sócios da empresa, ou seja, o valor alocado para a realização do seu objeto social” (Mamede, 2016, p. 109).

Nas sociedades limitadas, o contrato social deve definir qual será o valor do capital social, expresso em moeda corrente, consoante a legislação, que deverá ser integralizado e mantido no patrimônio da sociedade, mas atente: o art. 426 do Código Civil veda, expressamente, que o objeto do contrato seja herança de pessoa viva.

Com relação à integralização das quotas, destaca-se que os valores transferidos à sociedade não precisam ser, necessariamente, em dinheiro, de maneira que qualquer bem com expressão econômica poderá formar o patrimônio societário, desde que suscetível de avaliação e representação financeira. No caso de uma *holding*, segue-se a regra geral, ou seja, “o capital social pode ser integralizado por meio de dinheiro ou pela transferência de bens, direitos e créditos” (Mamede, 2016, p. 109).

No entanto, tratando-se de uma *holding* familiar, a integralização do capital social comumente ocorre por meio da transferência do patrimônio da família para a sociedade, não sendo obrigatória a transferência de todo o conjunto patrimonial, ficando a critério dos familiares eleger quais bens servirão à integralização do capital social da *holding*. E, quando integralizado o patrimônio familiar à *holding*, esse patrimônio passa a ser de propriedade da pessoa jurídica constituída, e os sócios, ou seja, a família, passam a ser quotistas desta sociedade.

7 CF: “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos 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; [...]”.

8 CF: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...]”.

9 CF: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III – renda e proventos de qualquer natureza; [...]”.

Dito isso, cabe destacar que, nos termos preceituados na Lei nº 9.249/1995¹⁰, no tocante à integralização do capital social de uma sociedade *holding* familiar, é permitido às pessoas físicas transferir à pessoa jurídica bens e direitos que poderão ser avaliados tomando-se por base o valor constante da declaração de bens ou pelo valor de mercado. Porém, se a transferência do bem for feita com base na avaliação da declaração de bens, a pessoa física deverá lançar nesta declaração das quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, a fim de que não lhe sejam aplicadas as regras da distribuição disfarçada de lucro, não ocorrendo, assim, a incidência do referido imposto (Teixeira, 2009, p. 238). Por outro lado, se a transferência não se der pelo valor informado na declaração de bens, a diferença apontada a maior será considerada como ganho de capital, gerando tributação a pagar no percentual de (até) 15%.

Outra vantagem da constituição de uma *holding* familiar é a redução da carga tributária decorrente dos rendimentos auferidos com a locação e compra/venda de imóveis, visto que a tributação que ocorreria em relação aos rendimentos da pessoa física passa a ocorrer na pessoa jurídica, em razão da integralização dos bens pessoais à sociedade. Desse modo, nessas operações, quando se trata de pessoa física, aplica-se o imposto de renda na alíquota de 27,5% sobre a renda decorrente da locação ou compra/venda de imóveis. Por outro lado, havendo a constituição de uma *holding* familiar para administração e locação de bens próprios, a locação dos bens será feita por pessoa jurídica, de forma que, se a tributação ocorrer com base no regime do lucro presumido, a alíquota será de 11,33%, desconsiderando outros tributos a que a empresa poderia estar sujeita (Rocha Junior, 2014, p. 35).

Além disso, outro benefício fiscal decorrente da constituição de uma *holding* familiar diz respeito ao retorno de capital de seus sócios sob a forma de lucros e dividendos, os quais não têm tributação pelo imposto de renda, consoante disposto na Lei nº 9.249/1995¹¹. Isso porque se tem como lucro os rendimentos resultantes do capital investido na sociedade, o qual pertence aos seus proprietários, ou seja, os quotistas – quando a sociedade *holding* for limitada.

10 “Art. 23: 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 entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983. § 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

11 “Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.”

Insta esclarecer que os quotistas deverão informar os lucros obtidos no campo “rendimentos isentos e não tributáveis” constante da declaração de pessoa física (Rocha Junior, 2014, p. 28 e 201).

Relativamente ao imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI, o sócio, ao transferir seus bens pessoais à sociedade *holding* para fins de integração do capital social, estará imune do referido imposto, visto que a Constituição Federal¹² preceitua a não incidência do ITBI na transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica para a formação de seu capital social, o que, evidentemente, determina uma grande vantagem tributária. No entanto, a própria Constituição Federal, na parte final do mesmo dispositivo, traz uma ressalva, de maneira que, se a atividade principal da *holding* familiar for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, haverá a incidência do referido imposto.

Assim, constata-se que o planejamento sucessório, quando ocorrer por constituição de uma *holding* patrimonial, trará reflexos aos caixas dos empresários com valores bem expressivos, os quais muito se interessam quando o assunto é economia financeira.

3 A *HOLDING* FAMILIAR COMO ARMA EFETIVA E SEGURA DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Como visto, a *holding* familiar concentra o patrimônio da família, objetivando, entre outros, atenuar custos e despesas, sobretudo no que se refere à elevada carga tributária sabidamente suportada pela sociedade brasileira. Diante disso, o planejamento tributário revela-se uma importante medida na busca do caminho fiscal menos oneroso, permitindo ao contribuinte administrar o seu patrimônio e realizar as suas atividades econômicas de maneira a garantir a menor incidência de tributos possível.

Muitos institutos comerciais nasceram na amálgama confusa dos interesses e dos negócios. As sociedades *holdings*, historicamente, foram acolhidas em países pequenos. Passaram os anos e as grandes potências legislaram também a respeito, burilando-se paulatinamente o instituto. Hoje, a *holding* não é mais o ninho de delito econômico, embora o comerciante possa, hoje como sempre, utilizar os institutos mais puros do direito de forma indevida. (Alonso, 1973, p. 94)

12 “Art. 156. [...] § 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 decorrentes 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; [...]”.

Oportuno salientar, no entanto, que, embora não haja ilicitude na escolha do caminho fiscal menos oneroso, o contribuinte, por outro lado, deve atentar aos limites impostos pela legislação para a realização de um planejamento tributário, revestindo-o de legalidade, a fim de evitar a sua desconstituição e consequente autuação fiscal por parte da Administração Pública sob a argumentação de evasão ou elusão fiscal.

Ao se realizar o planejamento tributário, existe a possibilidade de furtar-se da incidência de tributos de três formas: elisão (ato lícito), evasão (ato ilícito) ou por elusão (ato aparentemente lícito, mas ilícito).

Desse modo, a possibilidade de o contribuinte adotar estratégias, ainda que lícitas e legítimas, visando à redução de custos, em especial no aspecto tributário, encontra resistência por parte da Fazenda Pública, de forma que, para evitar os despautérios dos planejamentos tributários, instituiu-se a Norma Geral Antielisiva, por meio da qual a Autoridade Fiscal passou a utilizar alguns critérios para verificar a licitude do planejamento tributário efetuado pelo contribuinte.

A denominada Norma Geral Antielisiva decorre da Lei Complementar nº 104/2001, a qual acrescentou o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, prevendo que “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Como se vê, a referida Norma atribuiu à autoridade administrativa fazendária a competência para desconsiderar certos atos ou negócios jurídicos realizados pelo contribuinte que objetivassem dissimular a ocorrência do fato gerador para excluir ou amenizar a exação tributária.

Posteriormente à introdução da Norma Geral Antielisiva no ordenamento jurídico, foi editada a Medida Provisória nº 66/2002¹³ trazendo, também, a falta de propósito negocial e o abuso de forma como fundamentos para o Fisco desconsiderar os atos ou negócios jurídicos realizados pelo contribuinte. Ressalte-se, porém que, embora a medida provisória, nessa parte, não tenha sido convertida em lei¹⁴, o Fisco nela tem se inspirado para desconsiderar atos ou ne-

13 “Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor do 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 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.”

14 Lei nº 10.637/2002 – Dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica;

gócios jurídicos sob o argumento da ausência de propósito comercial nos planejamentos tributários. Frisa-se: mesmo sem comando normativo regulamentador.

Críticas à parte, o certo é que o contribuinte, no atual cenário, esbarra em limites para a realização do seu planejamento tributário, visto que a elisão fiscal não está mais fundada tão somente na estrita legalidade dos atos e negócios jurídicos realizados. A Autoridade Fiscal, hoje, questiona a ideia de que a elisão fiscal será sempre permitida desde que não se utilize de meios ilícitos para tanto, de modo que passou a avaliar, também, critérios subjetivos como a intenção do contribuinte e a essência dos atos e negócios por ele praticados, como bem destaca a doutrina:

Hoje, os efeitos de seus negócios perante terceiros, inclusive em face da coletividade, simbolizada e representada pelo Estado, são relevantes para o Direito. Continuam, sim, constitucionalmente protegidas a sua liberdade e propriedade privada. Porém, outros valores, também constitucionalmente previstos, ganham peso e influência na análise dos reflexos dos atos de natureza privada. Se antes ele deveria apenas se preocupar com a licitude dos meios e das formas que utilizava, agora deve considerar também se os efeitos dos seus atos estão de acordo com todo o ordenamento – especialmente valores sociais – e não apenas com a letra fria da lei. (Abraham, 2011, p. 86)

Nessa seara, quando da constituição da *holding* familiar, para que o planejamento tributário consolide-se como uma ferramenta válida e segura – constituída para efetivar a economia fiscal –, além de observar a licitude dos atos ou negócios jurídicos realizados, o contribuinte deverá atentar-se a outros critérios fundamentais, sobretudo a ausência de dissimulação no negócio praticado e a existência de propósito comercial, critérios que visam a coibir a prática de negócios jurídicos artificiosos pelo contribuinte, mediante a manipulação de formas jurídicas para obter a economia de tributos, e que, se configuradas, acarretarão na desconstituição do planejamento tributário pela Autoridade Fiscal.

Dessa forma, a liberdade do contribuinte de conduzir seus negócios da maneira que melhor lhe convier e que lhe determine maior economia fiscal encontra limites na legislação civil, devendo o contribuinte, ao organizar-se economicamente, observar os parâmetros impostos pela função social do contrato, pela boa-fé, bem como pela vedação do abuso de direito e de forma, da fraude à lei, da ausência de motivos ou da simulação, todos previstos expressamente no Código Civil, parâmetros que conduzem às teorias da “substância sobre a forma” e do “propósito comercial” (Abraham, 2011, p. 87-88).

sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências.

Saliente-se que o fundamento da teoria do propósito negocial, assim como ocorre na teoria da substância sobre a forma, também reside na necessidade de equivalência entre a forma e a realidade dos fatos, mas preconiza, ainda, que o objetivo não pode ser exclusivamente de economia de tributos quando do planejamento tributário. Logo, quando da constituição da *holding* familiar, torna-se indispensável a análise minuciosa do planejamento tributário, para que seja válido e legítimo, devendo ser implementado através de negócios jurídicos que encontrem verdadeiramente suporte no objeto social da empresa e que não visem apenas a um efeito tributário menos oneroso. Assim, o Fisco não terá argumentos para provar a ausência de substância e/ou propósito negocial, afastando-se o fato gerador dissimulado, tão almejado pelo Fisco.

CONCLUSÃO

Conforme se extrai deste artigo, a constituição da *holding* familiar revela-se um importante mecanismo de planejamento patrimonial, sucessório e tributário, acarretando vantagens em diversos aspectos, entre os quais se destaca a concentração do patrimônio familiar, o que possibilita a sua melhor gestão e proteção, perpetuando os bens no seio familiar; a agilidade no processo de sucessão hereditária, possibilitando a sucessão ainda em vida, de forma a antecipar o que seria objeto de um inventário, evitando custos e conflitos familiares decorrentes da divisão de bens e, principalmente, a redução da carga tributária.

Importante salientar, porém, que, em razão da notória fome tributária do Estado, a Autoridade Fiscal, por vezes, opõe-se à realização de planejamentos tributários com o objetivo específico de promover a economia tributária.

Todavia, ainda que ocorram críticas quanto à constitucionalidade da atuação estatal na apreciação dos planejamentos tributários, no cenário atual, especialmente quando da análise das decisões administrativas sobre o tema, exige-se que o contribuinte esteja atento aos critérios limitadores constantes da Norma Geral Antielisiva quando da realização do seu planejamento fiscal, a fim de garantir a adoção de uma estratégia tributária que melhor atenda as suas necessidades, mas que também seja segura, lícita e efetiva, evitando que restem configuradas a dissimulação do fato gerador e a ausência de propósito negocial, critérios que, se comprovados, acarretarão na desconstituição do planejamento tributário pela Autoridade Fiscal e o lançamento dos tributos que entenderem pertinentes.

Assim, conclui-se que a constituição de uma *holding* familiar precisa ser minuciosamente elaborada, pois os requisitos para sua desconstituição – por parte da Fazenda Pública – são inúmeros, e estes obrigatoriamente devem ser afastados previamente à fiscalização, para que, então, a *holding* atinja o objeti-

vo de cada família, os quais podem ser apenas o planejamento sucessório ou o planejamento tributário, podendo estes harmonizar-se conjuntamente.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. Os 10 anos da norma geral antielisiva e as cláusulas do propósito negocial e da substância sobre a forma presentes no Direito brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 192, 2011.
- ALONSO, Félix Ruiz. *Holding no Brasil*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, São Paulo: RT, n. 10, a. XXI, p. 77-96, 1973.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FOSSATI, Gustavo. *Planejamento tributário e interpretação econômica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FRANKE, Walmor. Sociedades controladoras (*holdings*). In: FERREIRA, Waldemar (Fundador). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, n. 21-22, a. XV, p. 65-74, 1976.
- MACHADO, Hugo de Brito. A falta de propósito negocial como fundamento para exigência de tributo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 143, 2007.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduardo Cotta. *Blindagem patrimonial e planejamento jurídico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C.; *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MCNAUGHTON, Charles William. *Elisão e norma antielisiva: completabilidade e sistema tributário*. São Paulo: Noeses, 2014.
- PITA, Flávia Almeida. A cobrança do crédito tributário e as *holdings* patrimoniais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, v. 101, nov./dez. 2011.
- ROCHA JUNIOR, Arlindo Luiz; ARAÚJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobre de. *Holding: aspectos contábeis, societários e tributários*. São Paulo: IOB Folhamatic EBS – Sage, 2014.
- TEIXEIRA, João Alberto Borges. *Holding familiar. Tipo societário e seu regime de tributação*. In: BRITO, Edvaldo Pereira (Coord.). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: RT, a. 17, p. 234-247, mar./abr. 2009.
- TONELLATTI, Norma Antônia Gavilãn. Elisão fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e o propósito negocial na desconsideração de atos e negócios jurídicos. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre: IOB Folhamatic, n. 96, 2014.