

1 INTRODUÇÃO

Diante do emaranhado do sistema tributário, que engloba uma vastidão de impostos, taxas e contribuições, vem crescendo a busca por formas legais de reduzir a carga fiscal, otimizar recursos e assegurar a conformidade com as obrigações fiscais. Nesse escopo, para gestar o capital e demais patrimônios imobiliários e financeiros, tanto pessoas naturais (físicas) quanto pessoas jurídicas vêm se valendo do que se chama planejamento tributário.

No tocante a isso, o planejamento tributário surge como ferramenta de gerenciamento patrimonial, com vistas a maximizar a eficiência financeira e jurídica dos patrimônios familiares e/ou empresariais, atento a preceitos legais e garantindo a sustentabilidade de tais acervos.

Entre as numerosas práticas de planejamento tributário, uma vem ganhando significativa presença no mundo jurídico. Denominada *holding* familiar, essa autoproclamada ferramenta de planejamento sucessório e tributário, consiste na formação de uma sociedade com o objetivo administrar o patrimônio de uma mesma família. Promove-se, ainda, que a *holding* familiar pode trazer vantagens fiscais, sucessórias e patrimoniais para os seus membros, assim como simplificar a questão hereditária.

Desse modo, o objetivo desse estudo é escrutinar se a *holding* familiar é uma estratégia legítima e lícita de planejamento tributário, especialmente ao se levar em conta que, embora permitido pelo ordenamento jurídico, o planejamento tributário — qualquer que seja — deve ser exercido de forma responsável e ética, evitando práticas evasivas e abusivas (elusivas) que possam comprometer a justiça fiscal, a equidade entre contribuinte e a capacidade contributiva.

Aplica-se nesse estudo a metodologia dedutiva. Parte-se, portanto, de premissas maiores (o que é planejamento tributário e o que é uma *holding* familiar) para as menores (como se estrutura o planejamento tributário de uma de uma *holding* familiar e se há constatação de elisão, evasão e/ou elusão fiscal em sua constituição).

Em conjunto, é utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir da perquirição teórica da análise do tema em estudo, em conformidade com legislação, doutrina, jurisprudências e artigos científicos.

2 NOÇÕES PRELIMINARES DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: CATEGORIAS DE ANÁLISE NA CONFORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO

O planejamento tributário consiste em ações executadas por pessoas jurídicas ou pessoas naturais com o objetivo de, em princípio, reduzir a carga tributária a ser paga (MCNAUGHTON, 2014, p. 221). Paulsen (2023, p. 547), igualmente, aclara o conceito, afirmando “O planejamento tributário é o estabelecimento de estratégias para a realização de atos e negócios ou mesmo de toda uma atividade profissional ou empresarial mediante pagamento de carga tributária menos onerosa”.

E Germano (2013, p. 37) complementa que “[...] a escolha, pelo contribuinte, daquele [ato ou negócio] que seja fiscalmente menos oneroso. O termo não designa, necessariamente, a prática de atos lícitos ou ilícitos, mas apenas a atitude de programar atos e negócios levando em consideração a economia de tributos”.

Ainda, a possibilidade, então, do indivíduo gestar e planejar seu patrimônio para que obtenha economia fiscal fora gestada a partir dos embriões da livre conformação¹ (“*Gestaltungsfreiheit*”) como também do princípio da livre escolha da rota menos tributável (“*principle of the free choice of the least taxed route*”), o qual vem a ser denominado mais corriqueiramente como princípio da liberdade fiscal do contribuinte, conforme ensinam Martha Leão (2018, p. 25, apud ALTOÉ, 2021, p. 243).

É de se levantar, todavia, que na voracidade por desonerar-se dos tributos a serem pagos, nem todo planejamento é lícito, o que importa considerar três categorias de análise para conformação tributária: elisão, evasão e elusão. Em miúdos, pode-se conceber que o planejamento tributário é gênero, do qual derivam as espécies lícita (elisão) e ilícita/ilegítima (elusão) de planejamento (ALTOÉ, 2021, p. 247).

¹ Exemplificando, sobre o ponto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já expressou na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3144, quanto à liberdade fiscal do contribuinte em escolher qual regime de tributação escolher (uma possibilidade de planejamento tributário, portanto), que “As diferenças de tratamento tributário entre sociedades empresárias que recolhem Imposto de Renda sob os regimes de lucro real ou de lucro presumido, inclusive o direito ao creditamento, não representam ofensa à igualdade, pois a sujeição ao regime do lucro presumido é uma escolha realizada pelo contribuinte, sob as luzes de seu planejamento tributário. Precedente: RE 559.937, [...] É inviável ao Judiciário infirmar a relativa liberdade de conformação da ordem tributária pelo Poder Legislativo, quando não há parâmetro constitucional flagrantemente violado. Precedente: RERG 598.572” (BRASIL, 2018).

A primeira delas, elisão, remete ao conceito de planejamento tributário lícito, ou seja, a possibilidade lícita de economia fiscal com fins de afastar ou postergar a relação jurídico-tributária, resultando, pois, em direito subjetivo do contribuinte para, querendo, exercê-lo por meio das vias legalmente oportunizadas (MCNAUGHTON, 2014, p. 225).

Nesse escopo, a possibilidade elisiva surge tanto do aspecto constitucional de segurança jurídica e certeza tributária (PISCITELLI, 2021, p. 104) quanto do princípio da livre conformação e da liberdade fiscal (ou de gestão fiscal).

Tanto a segurança jurídica como a certeza tributária — que, cite-se, são também princípios (PAULSEN, 2023, p. 171) — desempenham um papel decisivo quando se trata de economia fiscal. A Constituição estabelece a necessidade de um sistema tributário estável e previsível e garante que os contribuintes tenham regras claras que regem suas obrigações tributárias. Este enquadramento legal proporciona um ambiente propício à implementação do planejamento fiscal, permitindo aos atuais operadores econômicos seguirem regras claras e evitar imprevistos e incertezas que possam prejudicar as suas atividades.

Já aos princípios da livre conformação e da liberdade fiscal, este, em sintonia com a segurança jurídica e certeza tributária, garantem aos contribuintes o direito de escolher a forma mais econômica de cumprir suas obrigações tributárias dentro dos limites da lei (PAULSEN, 2023, p. 548-549). Referidas liberdades são norteadas em consonância com demais princípios e normas vigentes, mas com o fim de minimizar a carga tributária sem ultrapassar os limites do ordenamento jurídico, permitindo aos contribuintes tomarem decisões estratégicas com base nas opções tributárias e regimes fiscais disponíveis.

No que toca a tais liberdade, antes de avançar, vale marcar que a “[...] liberdade de gestão fiscal há-de conter-se, uma vez que esta liberdade, como qualquer direito ou liberdade fundamental, não pode ser exercida de forma abusiva, assumindo manifestações ou concretizações que vão além do seu âmbito ou conteúdo próprio” (NABAIS, 2018, p. 242), e conjuntamente a isso:

Diante de uma Constituição que consagra ao mesmo tempo a legalidade, a segurança jurídica e a igualdade, é coerente que a propriedade deva atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e que a livre-iniciativa deva observar o princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição). Neste sentido, também a autonomia privada, entendida como um poder normativo, não pode ser tomada em termos

absolutos, devendo-se concluir que seu exercício pode resultar na prática de um ilícito (GERMANO, 2013, p. 133).

Avançando, então, chega-se à elusão. Anote-se que: i) ainda que a categoria da elusão não seja amplamente aceita na doutrina brasileira, ela importa, hoje, numa importante categoria de análise dos planejamentos tributários, especialmente por conectar-se a um ilícito “indireto”, em que pela utilização de subterfúgios, dissimulações, abusos de forma (GRECO, 2011, p. 319), o planejamento é aparentemente ato legal, mas desprovido de causa justa, ofende a igualdade tributária ou a capacidade contributiva (PISCITELLI, 2021, p. 342), ou, ainda, se evidencia como planejamento abusivo ou agressivo sem responsabilidade social ou ética negocial, dos quais se valem da “grande debilidade dos sistemas judiciais, dos altos níveis de corrupção e da pouca independência entre os poderes do Estado” (ASHLEY, 2018, p. 211); e ii) a evasão, por sua vez, caracteriza-se pela prática sonegatória direta, sem, necessariamente, valer-se de planejamento.

Ainda quanto à elusão, opta-se por utilizar tal categoria² porquanto no contexto contemporâneo de consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, torna-se preocupante a observação de uma crescente e excessiva afronta aos preceitos constitucionais fiscais e ao sistema tributário nacional. Nesse cenário, destaca-se uma tendência em que os contribuintes mais poderosos, cientes de sua influência e recursos, buscam escapar das obrigações tributárias, muitas vezes em desrespeito aos princípios basilares da Constituição (ALTOÉ, 2021, p. 266)

A prática elusiva se dá em um claro intento de contornar princípios como o da igualdade tributária e da capacidade contributiva (PISCITELLI, 2021, p. 346) e evidencia a necessidade de uma reflexão aprofundada sobre os desafios enfrentados pelo sistema tributário no país, tendo em vista que a concentração de poder econômico e o acesso a meios sofisticados de planejamento tributário permitem que tais contribuintes busquem vantagens em detrimento do equilíbrio social e da justiça fiscal.

² A categoria elusão surge, como explica Godói (2012, p. 120, apud ALTOÉ, 2021, p. 252), na Espanha da década de 1960, em que passou-se a localizar contribuintes que se valiam de técnicas artificiais ou com abuso a fim de afastarem a ocorrência de fato gerador ou inseri-lo em regime fiscal menos custoso. Livia Germano (2013, p. 27) adiciona-se que o termo deriva de “*ludus* (jogo), sendo a atitude de minimizar a carga tributária por meio dessa espécie de “jogos” contra o fisco — da doutrina italiana, Germano cita a expressão “*prendersi gioco dell’amministrazione finanziaria*”.

Há que se enfatizar também que a capacidade contributiva:

[...] tem força vinculante e, portanto, deve ser aplicada por consubstanciar a justiça fiscal quando se trata de tributação no país [...] Desta forma, a justiça fiscal pressupõe a participação solidária de todos, desde o Estado, por intermédio de sua estrutura tradicional capaz de concretizar os princípios constitucionais tributários (incluindo o da capacidade contributiva), até a sociedade, que, por meio de instrumentos como o orçamento participativo, deve integrar o fenômeno da tributação. A tributação busca o atingimento da justiça fiscal, repartindo os encargos de forma fraterna entre os contribuintes. Todos estão solidariamente incluídos, Estado e 85 contribuintes, na consecução uma tributação mais justa (CASTAGNA, 2019, p. 78 e 80).

Daí, importante considerar que os princípios da livre conformação e da liberdade fiscal antes citados não podem atuar de forma irrestrita, tendo em vista que na atual disposição do Estado Democrático de Direito:

[...] acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que – por ser um princípio constitucional tributário – acaba por eliminar o predomínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva. Ou seja, mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padeçam de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos os seus aspectos (licitude, validade), nem assim o contribuinte pode agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva (GRECO, 2011, p. 319-320).

Ou seja, tem-se de um lado o planejamento aparentemente lícito mas que estará obstado pela capacidade contributiva e igualdade tributária — caso da elusão —, ao passo que também haverá o planejamento efetivamente ilícito (evasão). Nesta última, significa dizer que há uma subtração direta do tributo ou a sonegação fiscal propriamente dita (MCNAUGHTON, 2014, p. 321)

Tal aspecto direto e não indireto (ou oculto) é que dista a categoria evasão da elusão, pois, como Marcelo Altoé (2021, p. 347) exemplifica “[...] o comportamento de informar um preço a menor, em escritura pública, para reduzir o pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), configura não ação dissimulatória, mas ação fraudulenta e, portanto, evasiva”.

Aclarado tais pontos, tem-se, então, as três categorias de conformação do patrimônio — elisão, evasão e elusão —, as quais possibilitam averiguar se há licitude e/ou legitimidade no planejamento adotado.

E, dentre as múltiplas formas de planejamento, localiza-se uma corriqueiramente utilizada nos últimos anos, da qual denominaram “*holding* familiar”. Esta criação quimérica mistura fundamentos de direito societário, direito familiar e direito sucessória, objetivando criar uma estrutura que tanto regulasse a sucessão (evitando o curso judicial ou extrajudicial de um inventário) quanto a tributação (reduzindo o custo oriundo, sobretudo, do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação “ITCMD”).

Mas, de fato, o que é uma *holding* e, mais importante, no que se conforma uma *holding* familiar?

3 A HOLDING E A “HOLDING” FAMILIAR: SOBRE ABUSOS DE FORMA E SOBRE UM CENÁRIO ELISIVO

A fim de responder a dúvida acima suscitada, a doutrina empresarial aclara que *holding* é “quando uma sociedade é sócia de outra sociedade, atribui-se àquela a qualificação de holding (sociedade que tem por objeto social participar de outras sociedades)” (RAMOS, 2020, p. 522), ou, ainda, “[...] são sociedades operacionais, constituídas para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras sociedades. Dentro desta função, as *holdings* apresentam-se como um meio extremamente útil para centralizar o controle de um grupo” (TOMAZETTE, 2023, p.1392).

Legalmente, localiza-se a delimitação do que é uma *holding* no artigo 2º, §3º, da Lei nº 6.404/1976 (“Lei das S/A”): “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais” (BRASIL, 1976).

Já a *holding* familiar seria uma espécie de contextualização específica, pois, em verdade, ela “[...] não é um tipo de *holding* propriamente. Elas são *holdings* de outros tipos, normalmente patrimoniais, constituídas em um contexto familiar, ou seja, para substituir um casal ou uma família na titularidade de seus bens e direitos” (VALENTIN, 2021, p. 112).

Em sinopse, a *holding* familiar está configurada numa forma de transmissão de bens da pessoa natural para uma pessoa jurídica. Isto é, o patriarca ou a matriarca (ou,

ainda, ambos) da família optam por transferir seu patrimônio pessoal (bens, haveres, direitos) para uma pessoa jurídica, então, denominada *holding* familiar.

Há, porém, um problema inicial.

Ao retomar o conceito de *holding*, pode-se localizar que a *holding* familiar não é necessariamente uma *holding*, pois nem sempre atuará como controladora de outras sociedades, como a doutrina leciona e o texto legal determina. No mais das vezes, atua como uma mera condicionadora de bens de uma família, fato que poderia implicar em abuso de forma.

Tal abuso, como relaciona Altoé (2021, p. 359), dentro do direito tributário, se dá “[...] quando o contribuinte, impulsionado por finalidades exclusivamente fiscais, distância o perfil de instrumentos negociais tipificados pelo direito privado. Fala-se, ainda, no emprego de formas insólitas ou anormais para realização de uma transação”.

A situação figura, portanto, no que Piscitelli (2021, p. 346), em adição, argumenta como ausência de propósito extratributário, a qual parte da premissa de que para o planejamento tributário ser legítimo, há a necessidade de existir um propósito negocial e não meramente fiscal (simples redução tributária), e assim expressa: “[...] o planejamento tributário somente é considerado lícito [...] demonstrado que eventual estrutura adotada ou operação realizada pelo sujeito passivo não tem como única motivação a mera economia de tributos” (PISCITELLI, 2021, p. 346).

Ainda, o propósito extratributário pode ser assimilado como a real finalidade do negócio, relacionando-se a aspectos empresariais e econômicos — “*business purpose*” —, os quais aduzem ao “[...] propósito ou motivação que ordinariamente está presente porque enseja a atividade empresarial. É o propósito ligado aos objetivos visados pela empresa, ou de algum modo ligados à sua atuação no mercado” (MACHADO, 2014, p. 115-116, apud ALTOÉ, 2021, p. 363), como também pode ser compreendido mais amplamente situações não-econômicas: “[...] finalidades sucessórias, familiares, de governança corporativa, trabalhistas etc. — mesmo que não tenha uma essência econômica imediata — podem se configurar como propósitos legítimos do negócio p, ou seja propósitos negociais lato sensu da transação” (ALTOÉ, 2021, p. 364).

No ponto, vê-se que a forma da *holding* familiar pode, portanto, implicar em planejamento elusivo mediante abuso de forma, pois se não pode ser considerada, de fato,

como *holding* (como controladora de outras sociedades) ela está se valendo de uma forma que não lhe é própria a seus atos negociais.

As incongruências dessa quimera criada não findam aqui. Para além do abuso de forma, outras situações elusivas podem se configurar na *holding* familiar, como a latente falta de propósito extratributário e a ofensa à igualdade tributária e à capacidade contributiva. Também nela podem ser encontradas situações evasivas, em que há a subtração mais direta do tributo.

Todavia, é de ressaltar que, a depender da sua conformação (caso sua forma não seja abusiva e se tiver a presença de propósito extratributário), algum cenário elisivo poderá estar presente na *holding* familiar. Verifica-se que a *holding* familiar pode ser uma estratégia relevante para diminuir a carga tributária, diante da utilização de isenção de lucros e dividendos, sobretudo na exploração de atividades imobiliárias, já que estas são geralmente a essência do patrimônio familiar (VALENTIN, 2021, p. 110-111).

Nesse sentido, a opção por desenvolver negócios imobiliários por meio de pessoa jurídica se mostra mais vantajosa, em termos de carga fiscal, do que a exploração dessas atividades por pessoa natural (física).

Em consonância a isso, veja-se o ensino de Gladston Mamede e de Eduarda Cotta Mamede (2021, p. 86), no qual “[...] há impactos favoráveis diretos sobre a tributação sobre aluguéis quando se tem sociedade patrimonial [*holding* familiar] cujo objeto social inclua a locação de bens”, uma vez que “[...] se contrasta a legislação tributária aplicável à pessoa física daquela aplicável às pessoas jurídicas”.

Ademais, a letargia na atualização das alíquotas do imposto de renda da pessoa física, a proximidades das alíquotas e à ausência de “regimes fiscais” específicos para pessoa física realçam a vantagem fiscal que a pessoa jurídica possui nesse cenário.

Apesar disso, considerando a expansão avolumada de *holdings* familiares (MAMEDE, MAMEDE, 2021, p. 24) não se pode conceber que em toda *holding* familiar criada haverá sinônimo de elisão fiscal; tanto que acima citou-se a possibilidade de ocorrências elusivas e evasivas no âmbito desse planejamento. E sobre tais pontos que o estudo aqui perseguirá nos itens seguintes.

4 EVASÃO FISCAL NA *HOLDING* FAMILIAR

Para a constituição de uma *holding* familiar, há a necessidade primeva de integralizar o patrimônio da família, que passará da pessoa física para o patrimônio da sociedade. Tal patrimônio necessita ser avaliado monetariamente para representar o capital social.

Nas sociedades por ações, essa avaliação é obrigatoriamente feita por laudos periciais, conforme artigos 7º e 8º da Lei nº 6.404/1976, a fim de se alcançar o valor venal de mercado. Nas demais sociedades, a avaliação fica a cargo dos próprios sócios, que podem utilizar o valor declarado na última Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF), ou seja, o valor histórico do bem — possibilidade constante no artigo 23 da Lei nº 9.249/1999 —, como uma das alternativas para a avaliação.

Diante dessa não obrigatoriedade de avaliação venal nas sociedades não anônimas, surge um problema evasivo que se dá na integralização do capital, pois “[...] quando a empresa não S.A. é constituída [...] entre pessoas que possuem vínculos afetivos ou de parentesco, o mais comum é que os bens sejam integralizados pelo valor constante na DIRPF” (VALENTIN, 2021, p. 128). A evasão surge aqui diante da avaliação a menor do que o valor de mercado do bem a ser integralizado.

No ponto, inexistindo supervisão e conferência da integralização de quotas pelos fiscos estaduais e municipais se estará diante de evasão de ITCMD e ITBI. Nesse último, já há posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Recurso Extraordinário 796.376³, em que o valor integralizado excedente ao capital social importa em fato gerador de ITBI, já que a imunidade do artigo 156, §2º, da Constituição Federal de 1988 restringe-se ao valor do capital que foi subscrito.

³ Lê-se do acórdão proferido no julgado: “CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE ATÉ O LIMITE DO CAPITAL SOCIAL A SER INTEGRALIZADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. A Constituição de 1988 imunizou a integralização do capital por meio de bens imóveis, não incidindo o ITBI sobre o valor do bem dado em pagamento do capital subscrito pelo sócio ou acionista da pessoa jurídica (art. 156, § 2º). 2. A norma não imuniza qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica, mas exclusivamente o pagamento, em bens ou direitos, que o sócio faz para integralização do capital social subscrito. Portanto, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI. 3. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 796, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado” (BRASIL, 2020).

Logo, se, na realidade, há uma integralização a maior do que o valor histórico indicado na subscrição, há incidência de ITBI sobre a diferença, cabendo ao município fiscalizar, portanto, porque se há integralização histórica é possível sim a disparidade do valor de registro das quotas do valor real valor de mercado das quotas, sobre a qual deve incidir ITBI.

Quanto ao ITCMD, a evasão se dá na doação das ações ou quotas, caso sejam doadas pelo valor contábil histórico e não o valor venal real de mercado e, nesse quesito, o problema se agrava pois há entendimentos diversos entre fiscos e tribunais estaduais sobre qual valor a ser adotado.

O estado de Santa Catarina, por exemplo⁴, exige a apuração do valor de mercado quando da doação de quotas, ações e outras participações societárias não negociadas em bolsa, garantindo tratamento isonômico nesses casos. Enquanto isso, o estado de São Paulo, contrariamente, permite, com base em precedentes judiciais, a utilização do valor contábil histórico, no lugar do valor patrimonial real, como base de cálculo do ITCMD nas doações de ações ou quotas, conforme menciona Valentin (2021, p. 270-272):

A jurisprudência do tribunal de justiça de São Paulo é vasta em refutar a utilização de qualquer método científico para a avaliação dos valores de mercado das empresas transmitidas. [...] Imaginemos que um indivíduo possua um imóvel com um valor histórico (constante na declaração de Imposto de Renda) de R\$10.000,00 [...] Esse mesmo imóvel em 2020 é tributado pelo Município, para fins de IPTU, por R\$ 100.000,00 [...], mas possui valor de mercado de R\$ 1.000.000,00 [...]. Se esse mesmo indivíduo [...] constituir uma holding patrimonial com a integralização desse único bem, podem fazê-lo pelo valor histórico [...]. Pela jurisprudência do TJ [SP], o fisco será obrigado a aceitar o valor do patrimônio líquido da holding que será igual ao valor de R\$10.000,00 e não poderá se socorrer do procedimento de arbitramento para fixar o correto valor de mercado para o bem transmitido.

É possível também a localização de eventos evasivos quando na ocorrência de distribuição ou não-distribuição de lucros e dividendos. A evasão, aqui, se origina da

⁴ Pelo Regulamento do ITCMD de Santa Catarina (RITCMD-SC), localiza-se: “Art. 6º A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos, dos títulos ou dos créditos transmitidos ou doados. [...] § 4º O valor das ações, quotas, participações ou de quaisquer títulos representativos do capital social de sociedades empresárias, sociedades simples ou do patrimônio de empresário ou da empresa individual de responsabilidade limitada, não negociados em bolsa, será o valor do patrimônio líquido ajustado pela reavaliação dos ativos e passivos ao valor de mercado na data do envio da DIEF-ITCMD” (SANTA CATARINA, 2004).

divisão desproporcional sem motivo legítima, o que implica na caracterização de doação a ser tributada pelo ITCMD.

Imagine-se, por exemplo, a situação em que o patriarca constitui *holding* familiar e insere sua filha única na participação societária. Ele detém 99% das quotas, ela, o restante (1%). No intento auxiliar filha, ele distribui 95% do lucro para ela, ficando com os outros 5%.

Ora, há clara distribuição desproporcional sem motivo negocial que a justifique, de modo que a filha, aqui, recebeu 95% de todo o lucro, sendo que sua participação societária é de tão somente 1%. A distribuição de 95% do lucro para a filha revela uma ação de efetiva doação camuflada sob distribuição de lucros, em o ato carecer de um razão negocial justificável. O excedente na desproporcionalidade figura como doação tributável pelo ITCMD, dado que não está ocorrendo remuneração do capital investido, mas mera transmissão de patrimônio a título gratuito para a sucessora, evadindo-se do ITCMD.

No mesmo norte, Valentin (2021, p. 185-186) ainda prossegue com a seguinte exemplificação:

[Numa] [...] sociedade, cujo objetivo social é criação de bovinos para corte, é formada com capital de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo R\$19.999.000,00 integralizados por Ardalion e R\$1.000,00 por Gânia. Ardalion, pecuarista de longa data, que possui outras fontes de renda, tem a intenção de ajudar seu filho Gânia [...] estabelece no contrato social que os dividendos serão distribuídos de forma desproporcional, cabendo a ele, proprietário de 99,995% das quotas, o percentual de 10% dos dividendos a serem distribuídos e a Gânia, proprietário de 0,005% das quotas, o percentual de 90% dos dividendos. As partes estabeleceram no contrato uma distribuição desproporcional de dividendos sem que haja qualquer razão negocial que a justifique. Não há nenhuma razão de mercado que possa justificar alguém constituir uma sociedade empresária fazendo aporte de 99,995% do capital e aceite receber apenas 10% dos dividendos. A entrega dos valores ao 135 sócio em absoluta desproporção ao capital investido na empresa só se justifica no *animus donandi* de seu pai. Tal distribuição, portanto, se caracteriza como doação, tributável pelo ITCMD.

É de se levantar, no entanto, que nem toda desproporcionalidade na distribuição de lucros e dividendos é considerada ilegal ou uma forma de evasão fiscal do ITCMD. Existem situações legítimas no mercado que podem resultar em pagamentos desproporcionais ou mesmo na ausência do pagamento de resultado financeiros. É o que Tomazette (2023, p. 1283) explicita em que existem “hipóteses excepcionais dentro da

própria sociedade podem justificar a não distribuição dos dividendos, ou a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, demonstrando a prevalência do interesse social sobre o interesse individual dos acionistas”.

Dentro da Lei nº 6.404/1976 são duas as hipóteses marcantes de não distribuição ou desproporcional, que podem, em analogia, serem aplicadas nas sociedades não-anônimas.

Trata-se dos §§3º e 4º, do art. 202, da referida lei, em caso de: i) a assembleia geral de sociedades fechadas, não controladas por companhias abertas que negociam ações no mercado, e de companhias abertas que negociam apenas debêntures não conversíveis em ações, pode decidir, sem oposição dos acionistas presentes, distribuir um dividendo inferior ao obrigatório ou optar por não distribuí-lo (§3º); ii) dos órgãos de administração alegarem incompatibilidade entre a situação financeira da sociedade e a distribuição dos resultados, é possível a distribuição desproporcional ou até mesmo a não distribuição de dividendos (§4º).

Ainda que na primeira ocasião, a do §3º, exista uma grande liberalidade sobre como pode ocorrer a distribuição de dividendos, é importante se ter noção de que, com base no artigo 202 da Lei nº 6.404/1976 e artigo 1007 do Código Civil, a distribuição desproporcional do lucro e dividendos ou a sua não distribuição sem motivo fidedigno, pode sim resultar em evasão fiscal de ITCMD sobre o lucro ou dividendo pago em desproporção.

Iluminados tais pontos — evasão de ITBI e ITCMD pela integralização histórica de quotas; evasão de ITCMD por doação de quotas não atualizadas pelo valor venal de mercado; e evasão de ITCMD pela distribuição desproporcional imotivada de lucros ou dividendos —, analisa-se agora a figura da elusão fiscal dentro da *holding* familiar.

5 HOLDING FAMILIAR E ELUSÃO: IGUALDADE TRIBUTÁRIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA EM CONTRAPOSIÇÃO A PLANEJAMENTOS ABUSIVOS

Comentou-se que a elusão fiscal compõe a categoria de conformação / planejamento tributário consistente em ardil, técnicas artificiais ou abuso utilizado pelo contribuinte a fim de camuflar o fato gerador de tributo. É dizer, a elusão é a categoria

ilícita/ilegítima de se planejar tributariamente um patrimônio. Ou, ainda, é categoria abusiva, daí falar-se em planejamento abusivo, pois excede à legitimidade democrática e social.

Não é, pois, ação sonegatória direta, como se viu no tópico segundo desse estudo. Mas, sim, a camuflagem da ação, uma efetiva dissimulação na qual “encobre-se o ato jurídico com outra roupagem” (PISCITELLI, 2021, p. 342).

Caracteriza-se, então, a elusão como “[...] atos e negócios engendrados pelas partes” de forma abusiva ou artificiosa, “[...] posto que sua formalização não reflete os reais propósitos praticados pelas partes e distorcer as finalidades e objetivos contidos nas normas que regulam a espécie” (GODOI, 2012, p. 120-121 apud ALTOÉ, 2021, p. 256).

É o que caracteriza o hipergarantismo das formas, como José Casalta Nabais (2015, p. 189, apud ALTOÉ, 2021, p. 265), na qual, “mediante interpretações artificiosas e distorcidas, para vulnerar a quintessência da legislação tributária [e] a pretexto de defender a legalidade, acaba por abrir brechas à sua transgressão, só que por via transversa, através de manipulações hermenêuticas”

A elusão, então, sinteticamente, diz respeito a condutas aparentemente lícitas, mas desprovidas de “*causa jurídica legítima*, sendo praticadas de maneira artificiosa com o exclusivo propósito de repelir a incidência de normas tributárias” (ALTOÉ, 2021, p. 253. Grifos no original).

E, como narrado no tópico antecedente (“4 *Evasão fiscal na holding familiar*”), a categoria elusiva se amolda e muita na prática perpetrada por inúmeras *holdings* familiares. É que as famílias-contribuintes lançam mão de uma forma jurídica (a *holding*) que apesar de existente faticamente não lhe é apropriada, pois muitas das *holdings* familiares não são controladoras de outras sociedades, mas mera administradoras (“controladoras”) de patrimônio não-societário.

Sobre isso, imagine-se a seguinte situação.

Uma matriarca cria a “M Imóveis Ltda.” para gerenciar seus imóveis, Noutra família, um patriarca cria a “P Imóveis Ltda.” para unir sua empresa de construção a “P Construções Ltda.” e a administração de seus imóveis pessoais sob uma única gestão. A diferença entre as duas situações é que a segunda configura uma *holding*, de fato, ainda

que mista⁵, pois a “P Imóveis” controla outra empresa e exerce atividade empresarial, enquanto a primeira (“M Imóveis”) é apenas uma administradora patrimonial e não se enquadra no conceito de *holding* outrora apresentado (vide “3 A *holding* e a ‘holding’ familiar: sobre abusos de forma e sobre um cenário elisivo”, supra).

Localiza-se aqui uma dissimulação no ato de conformação, em que poderá haver qualificação diversa de uma *holding* familiar da descrição normativa de *holding*, em que a conformação está “encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato” (GRECO, 2011, p. 203). Prática elusiva, portanto.

Outra situação de importante relevância é a necessidade de se analisar se, além de ser um “*holding* real”, a *holding* familiar possui, efetivamente, propósito extratributário, conforme anteriormente debatido.

Nessa situação, o questionamento se dá sobre qual o real motivo da conformação via *holding* familiar: ela busca unicamente reduzir tributos, notoriamente ITCMD e IRPF ou vai além disso?

O “ir além” importará em medidas resolutivas ao burocrático processo inventarial, ou seja, ela deveria planejar como a operação societária funcionará no *post-mortem*, de que forma os herdeiros ingressarão na participação da sociedade e consequente patrimônio, como também deveria unificar o controle de empresas ou participações societárias de uma família (*holding* pura) ou centralizar tanto a administração de empresas e sociedades da família quanto a administração patrimonial desta (*holding* mista).

Por fim, um último ponto para se averiguar a existência ou não de práticas abusivas (elusivas) na *holding* familiar é a constatação se a sua criação respeita a igualdade tributária e a capacidade contributiva?

Inicialmente, é de se pontuar que não se desconhece o teor da decisão expressa na ADI 3144, em que diferenças no tratamento tributário “não representam ofensa à

⁵ Distinguem-se *holding* pura de *holding* mista pelos conceitos: “Holding pura: sociedade constituída com o objetivo exclusivo de ser titular de quotas ou ações de outra ou outras sociedades. É também chamada de sociedade de participação [...] Holding mista: sociedade cujo objeto social é a realização de determinada atividade produtiva, mas que detém participação societária relevante em outra ou outras sociedades” (MAMEDE, MAMEDE, 2021, p. 26-27).

igualdade”, pois decorrem de “escolha realizada pelo contribuinte” (BRASIL, 2018) — veja-se a primeira nota de rodapé.

Acontece a temática envolvida na referida ADI tratava da Cofins em dois regimes de tributação (lucro real e lucro presumido) que são padronizados em toda a extensão nacional. De outra banda, a tributação incidente na *holding* familiar, no que toca ao ITCMD, não possui padronização nacional. A não-padronização, por óbvio, envolve a competência distrital e estadual desse imposto, porém a disparidade é grande ao ponto de favorecer guerra fiscal, o que não se pode admitir dentro do pacto federativo (PAULSEN, 2023, p. 377).

Veja-se a situação, por exemplo, que fora levantada no tópico quarto desse estudo. Temos, quando da declaração do ITCMD, de um lado o estado catarinense que exige o cálculo atualizado a valor venal de mercados das quotas e ações não negociadas em bolsa, e, de outro lado, o estado paulista que, diversamente, assume que o valor histórico é válido para doação das quotas/ações.

Considerando que quotas e ações são bens móveis, aplica-se a tributação do ITCMD no domicílio do doador (artigo 155, I e §1º, I, da Constituição Brasileira de 1988), fator que possibilita a adoção ilegítima de um domicílio fiscal menos oneroso, porém diverso da situação do bens. Por exemplo, mesmo que a quota ou ação da *holding* familiar diga respeito à integralização de um bem imóvel que está situado em Santa Catarina, caso o constituidor da *holding* familiar opte definir o domicílio da *holding* como São Paulo, ele poderá recolher ITCMD da quota doada pelo valor histórico de um bem imóvel que nem sequer está no território paulista.

O resultado é uma clara ofensa à capacidade contributiva e à igualdade fiscal, tendo em vista que “[...] cria[-se] uma absoluta falta de isonomia entre indivíduos que possuem patrimônios de valor de mercado de idênticos, mas formados por tipos distintos de bens (imóveis ou aplicações financeiras ou etc. versus empresas [quotas ou ações])” (VALENTIN, 2021, p. 11 e 271-272).

Em complemento, Castagna (2019, p. 196) tece que: A capacidade contributiva e a igualdade tributária complementam-se: deve-se atentar sempre para respeitar a capacidade de contribuir com tributos, colocando no mesmo patamar tributário os contribuintes que se encontrem em situação equivalente”.

Logo, o que temos é que há um desnivelamento entre contribuintes. Ora, por óbvio, a constituição de uma *holding* familiar envolve custos que a grande parte das famílias brasileiras não dispõe (VALENTIN, 2021, p. 11), ao passo que esta grande parcela arcará normalmente com o imposto sucessório, pagando o ITCMD de acordo com o valor venal de mercado do patrimônio do *de cuius*.

Ocorre que sendo o valor histórico muito menor que o valor de mercado, tem-se, aqui, o desnivelamento entre contribuintes: os membros da *holding* familiar, com maior capacidade econômica e contributiva, tenderão a pagar menos impostos do que o restante da população, situação que promove a problemática da regressividade tributária: maior a renda, menor a proporção de tributos a serem pagos (regressividade). É dizer, a maior parcela da população, e, via de regra os mais pobres, serão mais tributados do que os segmentos mais ricos (PISCITELLI, 2021, p. 129).

Por consequência, a ofensa à capacidade contributiva e à igualdade tributária importa em ofensa a mandamentos constitucionais e agravamento das desigualdades social e econômica, pois acreditar que a liberdade fiscal absoluta, baseada na livre iniciativa, é compatível com os princípios constitucionais, é pensamento equivocado. Certos planejamentos tributários, portanto, como os de “*holding* familiar”, que buscam evitar, abusar ou agredir o sistema, não são respaldados pela Constituição.

É que dentro de uma ótica atual comunitarista de Estado e sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 553, apud ALTOÉ, 2021, p. 142-143), a tributação é resultado também de um processo democrático e resultado em uma promoção e evolução digna e isonômica do ente coletivo. Daí se falar em um dever fundamental de pagar tributos (NABAIS, 2018, p. 244), do qual se resulta de um dever solidário no Estado contemporâneo advindo dos direitos de terceira geração, calcado na espécie da “fraternidade⁶” (liberdade-igualdade-*fraternidade*). Esse traço solidário (ou fraterno) da tributação traduz-se em observá-la como norma-valor constitucional, um vez que trata da

⁶ No ponto, pode-se compreendê-la como “[...] um ‘pacto entre iguais’, onde não pode haver a prevalência de uns sobre os outros. Em outras palavras, o reconhecimento da igualdade de todas as pessoas diante das leis estatais em seu aspecto formal não deve ficar limitada apenas a esta dimensão jurídico-positiva. [...] Impele todos, sem distinção, a uma responsabilidade comum, ao comprometimento com o outro, libertando a sociedade da visão liberal de que a pessoa deve ser considerada apenas em relação a seus próprios interesses, voltando-se, assim, seus olhares para com o conjunto de todos os membros da comunidade” (CASTAGNA, 2019, p. 109 e 111).

“própria sobrevivência de uma comunidade que abriga múltiplos indivíduos em posições sociais assimétricas” (ALTOÉ, 2021, p. 148)

Consequentemente, o abuso de forma ou planejamentos agressivos e descontrolados com vistas a toda e qualquer economia fiscal não possui abrigo dentro de um Estado Democrático e Social de Direito, no qual o Brasil se inclui, especialmente ao assimilar tributação enquanto “[...] forma de realização e manutenção do Estado Democrático de Direito”, de modo que “o valor intrinsecamente contido na tributação e o valor que ela visa realizar e assegurar é a justiça – como resultado, exatamente, da constituição do Estado Brasileiro como um Estado Democrático e Social de Direito” (PISCITELLI, 2021, p.29).

Dáí emerge uma necessidade de se analisar os propósitos dos planejamentos tributários da *holding* familiar — assim como noutros planejamentos fiscais — dentro de uma perspectiva comunitária, democrática e social do Estado (PISCITELLI, 2021, p.29; e ALTOÉ, 2021, p. 148-149), para evitar subterfúgios e dissimulações porque o escape tributário (seja por via direta sonegatória, a evasão, seja por planejamentos abusivos, a elisão) lesa o atual Estado Democrático e Social e seus princípios de comunidade, solidariedade e fraternidade⁷, os quais garantem a implementação de políticas públicas e a proteção dos direitos e garantias da população⁸.

6 CONCLUSÃO

O planejamento oferecido pela *holding* familiar, como visto, objetiva reduzir a tributação originada do evento morte, especialmente diante da incidência do ITCMD, e, junto a isso, almeja regular a sucessão hereditária, ao poupar a família dos rumos judicial ou extrajudicial de um inventário ordinário.

Todavia, vislumbrou-se que tal forma de planejamento pode estar distante da legalidade e de princípios constitucionais tributários.

⁸ Relativamente ao ponto, Nabais (2018, p. 234) adiciona: “[...]temos no estado social um conjunto de bens públicos, que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, ou seja, os relativos aos direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, esses direitos devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmo àqueles que não tenham condições de os realizar através do funcionamento do mercado”.

Como citado, quando localizou-se o conceito de *holding* dentro da seara empresarial e societária, notou-se certa disparidade entre o que a *holding* familiar se propõe com aquilo que as fontes do direito expressam acerca do que é uma *holding*. Viu-se que *holding* é uma forma que objetiva gestar empresas e outras participações societárias, já a *holding* familiar muitas das vezes tão só gesta bens e não participações sociais.

Tal fator poderia implicar, então, numa situação em que a *holding* familiar se escuda numa forma existente no mundo jurídico, mas que faticamente não lhe é apropriada — situação do discurso hipergarantístico criticada por José Casalta Nabais — que acarreta abuso de forma nitidamente.

Foram encontradas, então, práticas evasivas na constituição de uma *holding* familiar, em que, a partir de integralização de bens via valor histórico é possível existir evasão de ITBI (se há uma integralização a maior do que o valor histórico indicado na subscrição, há incidência de ITBI sobre a diferença) e evasão de ITCMD (na doação das quotas pelos bens integralizados por valor histórico; e/ou na divisão desproporcional de lucros ou dividendos, sem motivo negocial e real legítimo, o que implica em doação dos resultados).

Outrossim, localizaram-se práticas elusivas:

i) empregar forma díspar da realidade (cria-se *holding* familiar para administrar bens apenas e não sociedades);

ii) não possuir propósito extratributário (em uma *holding* familiar criada para reduzir carga tributária, especialmente de ITCMD e IRPF, e que não dispõe sobre práticas económico-societárias na sociedade criada nem versa sobre o planeamento sucessório — no “ir além” outrora comentado —, falta-lhe propósito extratributário); e

iii) criar, ainda que indiretamente, tratamento desigual entre contribuintes, ao se constatar que contribuintes terão patrimónios reais símiles tributados de forma diversa (uns a valor histórico — caso das *holdings* familiares — e outros a valor venal — situação dos inventários ordinários e da grande maioria das demais formas de planeamento sucessório).

Porém, como também citado, caso tais práticas evasivas ou elusiva não ocorram, é, sim, possível localizar um cenário de elisão (planeamento lícito), sobretudo quando

uma família já possui uma sociedade ou sociedades constituídas (uma empresa, por exemplo) e pretende coligar a gestão empresarial com a do patrimônio, criando uma holding do tipo *mista* para desenvolver atividade empresarial.

Porém, será ainda necessário verificar se a integralização se deu de forma legítima, com a apuração do valor venal de mercado quando da doação de quotas ou ações, como exige, por exemplo, o Estado de Santa Catarina. Do contrário, ao se aceitar a integralização e doação por valor histórico, tem-se ofensa à isonomia e capacidade tributária.

Além disso, é necessário que a *holding* trace em seu estatuto ou contrato social práticas econômicas e societárias e versar como se dará a sucessão e gestão patrimonial da família, para que se tenha, de fato, propósito extratributário.

Respeitados tais pontos, seria possível identificar sim uma forma elisiva de planejamento tributário pela *holding* familiar

7 REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Marcelo. **Planejamento tributário e elusão fiscal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ASHLEY, Patrícia Almeida (org.). **Ética, responsabilidade social e sustentabilidade nos negócios: (des)construindo limites e possibilidades**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. 1976. Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Brasília, 1976. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Último acesso em: 29 jul. 2023

_____. 2018. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.144 (ADI 3144). Confederação Nacional do Comércio x Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 01/08/2018. **Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748556939>>. Último acesso em: 27 jul. 2023.

_____. 2020. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 796.376 (RE 796376). Lusframa Participações Societárias LTDA x Município de São João Batista. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 05/08/2020. **Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4529914>>. Último acesso em: 29 jul. 2023.

CASTAGNA, Fabiano Pires. **Capacidade contributiva e igualdade tributária no Imposto sobre a Renda da Pessoa Física**: os desafios da concretização sob a perspectiva do Valor-Princípio da Fraternidade. Orientador: Carlos Araújo Leonetti. Coorientadora: Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Tese (Doutorado) — Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/215286/PDPC1450-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>>. Último acesso em: 31 jul. 2023.

GERMANO, Livia De Carli. **Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MCNAUGHTON, Charles William. **Elisão e norma antielisiva**: completabilidade e sistema tributário. São Paulo: Noeses, 2014.

NABAIS, José Casalta. Crise e sustentabilidade do estado fiscal. **Meritum**, v. 13, n. 2, p. 231-259, Jul./Dez. 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7871698.pdf>>. Último acesso em: 30 jul. 2023.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

PISCITELLI, Tathiane. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTA CATARINA (Estado. Brasil) 2004. Decreto Estadual nº 2.884, de 30 de dezembro de 2004. **Regulamento do imposto sobre transmissão "causa mortis" e doação, de quaisquer bens ou direitos do estado de Santa Catarina (RITCMD)**. Florianópolis, 2004. Disponível em: <https://legislacao.sef.sc.gov.br/html/regulamentos/itcmd/ritcmd_04.htm#ritcmd>. Último acesso em: 28 abr. 2023

TOMAZETTE, Marlon. **Teoria Geral e Direito Societário**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. (*Curso de direito empresarial*).

VALENTIN, Jeferson. **HOLDING**: Estudo sobre a evasão fiscal do ITCMD no planejamento sucessório. São Paulo: Letras Jurídicas, 2021.