

CRIAÇÃO DE HOLDING E PROTEÇÃO PATRIMONIAL

José Henrique Longo

1. INTRODUÇÃO

A reorganização e proteção patrimonial objetivam a salvaguarda, dentro dos limites legais, de bens e direitos ante as responsabilidades assumidas por seus titulares e as eventuais adversidades em diversos âmbitos, como o familiar por exemplo. Essa reorganização deve ter como causa a adequada e lícita separação de determinado patrimônio em relação à pessoa do sócio e em relação a outro patrimônio (inclusive de natureza operacional), com vistas a não permitir que circunstâncias adversas de um interfira na vida e valores de outro. Ou seja, proteção patrimonial corresponde à segregação dos bens e direitos em relação à pessoa, e não deve ser entendida como “blindagem” de patrimônio contra obrigações e responsabilidades assumidas ou atribuídas ao indivíduo.

É recomendável que, para todo e qualquer projeto visando a reorganização e proteção patrimonial, devam prevalecer a manutenção da eficiência tributária e a segurança jurídica consequentes de sua implementação.

Assim, discorreremos a seguir sobre a formação de holding por um indivíduo, vantagens de sua utilização e cuidados com a sua aplicação como ferramenta de proteção patrimonial.

2. HOLDING

Holding é a sociedade que tem por objeto deter bens e direitos, tais como participações em outras sociedades (holding de participações), imóveis (holding imobiliária), podendo ser constituída sob a forma de sociedade por ações, de sociedade limitada, ou, mais recentemente, a partir de 2012, de EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada¹. O tipo societário adotado não altera a sua característica nem compromete a sua finalidade, tampouco diferencia o tratamento fiscal da holding.

2.1. Holding de Participações

A holding de participações é uma sociedade cujo patrimônio é constituído por participações sociais. O seu capital é formado pela aquisição (inclusive conferência para integralização de capital social) de quotas ou ações de outras empresas². Assim, esta sociedade, que é a holding, passa a ser sócia de outra ou de outras sociedades.

Dentro da sistemática da proteção patrimonial, colocar uma pessoa jurídica entre o sócio pessoa física e a empresa operacional viabiliza o surgimento de um fôro distante e destacado do dia-a-dia da empresa, e possibilita a estipulação de direitos e obrigações entre os sócios que compuserem o quadro societário da holding (se mais de um sócio da empresa operacional houver formado conjuntamente a holding, ou no caso de herdeiros do sócio), de tal sorte que as discussões fiquem fora do âmbito dos negócios, fora do âmbito da empresa operacional, que resta preservada. Essa providência é extremamente salutar em se tratando de organização de patrimônio individual ou coletivo, e imprescindível no que concerne ao planejamento sucessório com vistas à preservação do negócio e perenidade da empresa.

¹ Lei 12.441/11 que alterou o Código Civil

² Como se disse inicialmente, este trabalho foca apenas a situação de pessoa física constituir holding com seu patrimônio

A holding viabiliza a concentração da capacidade de investimento das pessoas físicas detentoras das participações na sociedade operacional de forma unificada por determinado grupo, garantindo a união de sócios detentores de participações individualmente minoritárias, e, com isso, assegurando concentração de poder de voto com a formação indireta de bloco.

Ademais, a holding afasta a possibilidade de ingerência individual de sócio minoritário diretamente na operação, o que privilegia a manutenção do controle. E isso se dá porque, sendo a holding a sócia da empresa operacional, é ela quem exerce o direito de voto nas assembleias. O voto na assembleia da empresa operacional (manifestado por seu diretor ou procurador) pode ser determinado previamente, conforme dispuser o estatuto ou o contrato social da holding; as discussões sobre as matérias a serem votadas na operacional acontecem no nível da holding e o seu representante vota na assembleia da operacional conforme houver sido decidido na reunião prévia da holding. Se algum sócio for vencido na reunião prévia da holding, não haverá como interferir nos assuntos da operacional. E os interesses daquele bloco – estruturado em forma de holding – permanecem preservados, não obstante eventual participação de dissidente³.

A holding de participações é, por assim dizer, o veículo por excelência para reduzir eventuais reflexos de alteração patrimonial dos sócios ou riscos pessoais deles em relação às sociedades operacionais, como pode ocorrer no caso de uma separação litigiosa de um dos sócios, retratada no exemplo mencionado na nota de rodapé do parágrafo anterior, em que a participação na operacional é pleiteada, ou de penhoras de participações, como um segundo exemplo. Imagina-se que a repercussão da constrição judicial sobre participações de uma holding traga consequências muito menos danosas do que aquela sofrida diretamente sobre as participações da empresa operacional, cujos reflexos podem ser irremediáveis em curto prazo.

³ Um exemplo para esclarecer o tema: a situação é uma sociedade por ações detida 50% por uma família e 50% por outra, com equilíbrio absoluto nas deliberações, que dependem da aprovação da maioria absoluta das ações (50% mais 1 ação); um dos sócios, de uma família, divorcia-se e sua ex-mulher pleiteia e recebe participações na empresa. Convidada a passar a votar com o outro ramo familiar, oposto àquele ao qual pertence seu ex-marido, ela negocia o convite, aceitando-o; o equilíbrio entre os dois grupos familiares se encerra imediatamente, as deliberações por maioria passam a outorgar o controle para a outra família, enquanto a família de seu ex-marido se torna minoritária, perdendo completamente o poder e passando a ter que se sujeitar às decisões majoritárias. Se, no mesmo exemplo, as participações de cada grupo familiar fossem detidas respectivamente por uma holding, a ex-mulher seria minoritária dentro da holding da família de seu ex-marido e não teria ela como se unir à outra família; o equilíbrio estaria preservado

Em termos de proteção patrimonial, não obstante a empresa operacional possuir personalidade jurídica própria para responder por suas obrigações, essa separação entre a pessoa física e a pessoa jurídica não prevalece em casos específicos onde houver presença de dolo. Do ponto de vista tributário, os artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional estabelecem a responsabilidade, solidária e pessoal, para administradores e sócios, dentre outras pessoas, nos casos de liquidação da sociedade e de prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei.

A constituição de holding não afasta de modo algum eventual responsabilidade do administrador, sócio ou não, que praticar atos com excesso de poderes ou infração de lei. E para o caso de sócio, a holding de participações serve apenas para fixar um compartimento patrimonial (onde se encontra a empresa operacional) na hipótese de liquidação da empresa operacional ou mesmo o reconhecimento de sua dissolução irregular.

De qualquer modo, a interposição da holding não pode prevalecer jamais em caso de fraude objetivando a posterior fuga do cumprimento de obrigações regularmente constituídas. Nesse caso, a holding terá sua personalidade jurídica desconsiderada para que o sócio, pessoa física, responda pelas obrigações.

2.2. Holding Imobiliária

A estrutura de holding é também muito utilizada para organizar patrimônio imobiliário, com o objetivo de protegê-lo por segregação e evitar o condomínio e suas consequências, bem como manter a titularidade dos bens no anonimato⁴, para fins de proteção à pessoa física.

Sob o aspecto da segregação, é comum uma empresa operacional ser ela mesma a titular dos imóveis utilizados em suas atividades, e até de imóveis utilizados pessoalmente por seus sócios, para moradia e lazer. Isso deve ser evitado porque, quando detidos pela empresa operacional, os imóveis ficam vulneráveis ao risco natural e diário do negócio, aos efeitos de penhoras e de outras constrições legais, uma vez que compõem o patrimônio da empresa operacional. Daí, se tais

⁴ Na verdade, ainda que se constitua sob forma de Sociedade por Ações ou se interponham diversas holdings, em tese é possível identificar quem é o final titular, pessoa física, de um determinado bem que exija registro público (ex.: imóvel, veículo, aeronave, etc.)

imóveis não são necessários como integrantes do ativo da empresa (por exemplo, para atender mínimo de patrimônio líquido), não há motivo para lá permanecerem. Até mesmo os imóveis utilizados na operação merecem atenção e análise para sua separação da atividade, não apenas para apartá-los do risco do negócio, mas, em muitos casos, para proporcionar uma outra atividade (a de locação) que pode ajudar no planejamento sucessório do sócio.

E pode ainda eventualmente gerar redução de carga fiscal para a empresa operacional tributada pelo lucro real, decorrente da relação de locação desses bens por empresa tributada pelo regime do lucro presumido para a qual venham a ser conferidos (holding imobiliária) na qualidade de locadora, e a operacional na qualidade de locatária, como se verá adiante.

O motivo principal de ainda ser corriqueira a detenção de patrimônio imobiliário por empresa operacional reside no fato de que, há alguns anos, era usual que as empresas gerassem sua riqueza e adquirissem bens em seu próprio nome, ao invés de distribuírem seus lucros, uma vez que essa distribuição era tributada. Isso por anos mostrou-se uma prática comum e hoje, apesar de a distribuição dos dividendos ser isenta de imposto de renda - IR⁵, muitas empresas continuam detendo ativos (imóveis, por exemplo), o que cria a comunicação direta entre esse patrimônio e a operação, expondo aquele às obrigações desta e desvirtuando o objetivo da empresa.

A holding imobiliária, além de promover a desejada segregação, acumula a incontestada função de manter os titulares indiretos de imóveis e outros bens no anonimato, evitando a publicidade de sua titularidade nos registros imobiliários, que pode comprometer a segurança familiar.

Um terceiro aspecto relevante da holding imobiliária, e não menos importante que os demais, diz respeito ao condomínio, que exige decisão unânime acerca da movimentação do patrimônio imobiliário e ainda pode exigir a outorga de cônjuges e companheiros para que tal movimentação se processe, causando sérios inconvenientes, desgastes e até perdas de bons negócios, caso o comprador não

⁵ A partir da Lei 9.249/95, art. 10, a distribuição de dividendos passou a ser isenta de IR. Assim, mesmo se o sócio for pessoa jurídica, a distribuição de dividendos é isenta, sendo que não há nova incidência tributária de IR na apuração de lucro dessa pessoa jurídica (sócia) nem na distribuição de seus dividendos para a pessoa física. O tratamento é o mesmo na distribuição em favor de pessoas com residência ou sede no país ou no exterior

se submeta a aguardar a concordância de um determinado condômino. A holding evita a manutenção do bem em condomínio, e capacita a construção de uma estrutura de deliberações por maioria, sem a necessidade de anuência de terceiros, afastando os efeitos nefastos do condomínio⁶.

2.3. Holding Patrimonial

A holding patrimonial pode deter participações societárias, como é o caso da holding pura, patrimônio imobiliário, como é caso da holding imobiliária, bem como outros bens e direitos, como animais, aeronaves, embarcações, ativos financeiros, etc.

A utilização e conveniência seguem o que se comentou em relação à holding imobiliária.

PONTOS DE ATENÇÃO NA FORMAÇÃO DE HOLDING

Embora sejam visíveis as vantagens, há que se mencionar alguns aspectos negativos na constituição de holding e lembrar que esse instituto não pode ser utilizado de forma indiscriminada, posto que não atende a todos e quaisquer planejamentos e reorganizações. Vejamos primeiramente alguns dos inconvenientes na constituição de qualquer holding, e, em seguida, os cuidados a serem adotados:

- (a) A obrigatoriedade de recolhimento de contribuição sindical patronal, calculada sobre o valor do capital social, ainda que a holding tenha por operação unicamente participar do capital de outras sociedades, que não tenha empregados e, portanto, inexistam folha de pagamento. Por conta dessa situação ímpar de holding pura, vem sendo debatida nos tribunais a tese de que, por falta de empregados, a holding não deva se sujeitar à contribuição sindical. Atualmente há poucos julgados favoráveis, e a postura majoritária do Tribunal Superior do Trabalho - TST - obriga o recolhimento da contribuição.

⁶ Na conferência de imóveis para a holding imobiliária, os cônjuges e companheiros unidos pelo regime da comunhão universal ou parcial de bens têm que anuir

- (b) A publicação de balanços é outra possível desvantagem na constituição de holding. De acordo com o artigo 3º da Lei nº 11.638/07, as sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedade por ações, devem observar as regras contidas na Lei das S.A. (Lei 6.404/76) relativas à escrituração e elaboração das demonstrações financeiras e obrigatoriedade de auditoria independente. Considera-se de grande porte, para tais fins, a sociedade – ou conjunto de sociedades sob controle comum – que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$240.000.000,00 ou receita bruta anual superior a R\$300.000.000,00. O entendimento majoritário é no sentido de que o dispositivo em questão, em que pese o comando às sociedades de grande porte para aplicarem as regras relativas à escrituração da Lei das S.A., não estendeu, em momento algum, as regras de publicação das demonstrações financeiras às sociedades limitadas.
- (c) Uma terceira desvantagem é o fato de que a holding é uma outra sociedade, e por ter sua individualidade como pessoa jurídica está obrigada à elaboração de documentos sociais, contábeis e tributários. Embora suas movimentações diárias não sejam de grande quantidade, a holding não pode prescindir do registro do contrato ou estatuto social e suas alterações, do levantamento de balanço, da apuração e recolhimento de tributos, e do cumprimento de obrigações fiscais acessórias.

2.4. Holding de Participações

A par de todas as vantagens na constituição de uma holding de participações, da acomodação que ela promove nos aspectos societário e sucessório, cuidados especiais devem ser necessariamente adotados, especialmente sob o prisma tributário.

O primeiro deles diz respeito à **conferência das participações societárias detidas pelo indivíduo na empresa operacional para a holding**, quer do ponto de vista da pessoa física conferente, quer da pessoa jurídica para a qual são conferidas.

A legislação prevê atualmente duas situações para a conferência de bens e direitos para formação ou aumento do capital social da empresa: pelo **valor contábil** ou pelo **valor de mercado**⁷.

Assim, no caso de conferência de participações societárias para uma holding feita por pessoa física pelo valor contábil ou custo (entenda-se pelo valor constante da sua Declaração de Bens) não há ganho de capital para o conferente, e, portanto não incide o imposto de renda da pessoa física (IR.PF). Na Declaração de Bens, substitui-se um ativo (bem ou direito, no caso participações da empresa investida) por outro (quotas ou ações da empresa holding), e essa troca dá-se pelo mesmo valor, portanto sem qualquer variação patrimonial.

Se a conferência for promovida pelo valor de mercado, a diferença entre o valor pelo qual foi conferido o bem ou o direito, no caso as participações na empresa investida, e o custo da Declaração, é considerada como ganho de capital pela pessoa conferente e sobre ele deve ser recolhido o IR da pessoa física (IR.PF), tal qual tivesse havido uma venda, posto que a conferência é espécie de alienação.

Se as ações ou quotas houverem sido adquiridas antes de 1983, o ganho de capital auferido no momento da sua conferência para a holding pelo valor de mercado é isento do IR.PF em razão de o benefício fiscal oferecido pelo Decreto-lei 1.510/76 ter se incorporado ao patrimônio do indivíduo. O benefício tinha como condição a permanência por 5 anos de tais ativos com o acionista de modo que, uma vez cumprida a condição, tal indivíduo adquiriu o direito à isenção. O benefício foi revogado pela Lei 7.713/88, e a revogação atingiu as situações em que o indivíduo detinha ações há menos de 5 anos (isto é, a partir de 1984) e que, portanto, ainda não havia adquirido o direito condicionado à implementação da condição legal.

Ainda no tema da conferência do investimento, mas mudando o foco da questão tributária para a pessoa jurídica, outro cuidado importante é o **tratamento do ágio ou deságio** que pode ocorrer quando da conferência das participações societárias na empresa operacional para a holding. Como se disse acima, a pessoa física que detém um investimento em sociedade operacional por determinado valor de custo, constante de sua Declaração de Bens, ao conferir essa participação a

⁷ Lei 9.249/95, art. 23

título de integralização de aumento de capital social da holding, substitui participações na operacional por participações na holding.

O registro na holding a partir de 2008 ganhou foros mais complexos pois não mais os lançamentos contábeis equivalem ao critério tributário⁸.

Do ponto de vista contábil, se o investimento em sociedade coligada ou controlada for avaliado pelo valor de patrimônio líquido⁹, deverá ser registrado na contabilidade da holding pelo valor do patrimônio líquido da investida, avaliado a preço justo, ou seja, a preço de mercado dos ativos e passivos da investida. E o ágio será apenas a diferença positiva entre o valor total aquisição da participação societária e o patrimônio líquido da investida a preço justo.¹⁰

A conferência da participação societária, até o valor de mercado do patrimônio da investida, será registrada em uma conta do investimento da holding, acrescentando-se em subitens dessa conta os valores correspondentes à “mais-valia”, ou seja, à diferença paga por estarem os ativos da operacional registrados na holding por montantes menores do que os de reposição, e, em subitem distinto, o valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill).

Ademais disso, o ágio não pode ser amortizado na contabilidade, mas está sujeito ao teste de recuperabilidade (“impermanent”), vale dizer, somente na medida de sua deterioração, e consequente diminuição do seu valor, poderá ser reduzido e levado à conta de resultado¹¹.

Para efeitos tributários da holding, o investimento na operacional é registrado pelo valor de custo, que fica desdobrado em (i) valor de patrimônio líquido, e (ii) ágio ou deságio¹².

O ágio ou deságio corresponde à diferença positiva ou negativa, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento na holding e o valor de patrimônio líquido da operacional, e é computado para efeito de apuração de

⁸ Com a alteração da Lei 6.404/76 pelas Leis 11.638/07 e 11.941/07, os métodos e critérios para efeitos tributários devem seguir as normas vigentes em 31.12.2007 e o ajuste do lucro contábil conforme as novas normas de convergência ao IFRS deve ser efetuado e controlado pelo Regime Tributário de Transição- RTT

⁹ Lei 6.404/76, art. 248

¹⁰ Pronunciamento Técnico CPC 18

¹¹ Para fins fiscais, não há o teste de “impermanent”, sendo que, por ser aquisição de participação por conferência de participação, o ágio somente será utilizado para efeito de custo, no caso de alienação desse investimento pela holding

¹² Decreto-lei 1.598/77, art. 20, I e II

ganho de capital na alienação do investimento que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio, na hipótese de devolução de capital.

Na hipótese de deságio, a legislação determina o modo de tributação de seu valor no caso de realização do investimento. Ou seja, o deságio representa uma contingência a ser enfrentada pela empresa investidora, no caso a holding.

A prática indica que geralmente o custo do investimento é inferior ao valor do patrimônio líquido, de modo que nessa situação, haverá o aparecimento de deságio na holding.

Para que se diminua o valor do deságio, duas providências são possíveis: (i) aumentar-se o custo das participações na operacional detida pela pessoa física anteriormente à conferência, mediante a capitalização de reserva de lucros (essa providência não acarreta incidência de imposto de renda se os lucros forem relativos aos anos seguintes a 1995); ou (ii) reduzir-se o valor do patrimônio líquido da operacional, mediante a declaração de dividendos e de juros sobre o capital próprio a distribuir, o que faz com que as reservas de lucros deixem de integrar o patrimônio líquido, diminuindo-o, e passem a integrar o passivo exigível. O problema desta segunda alternativa é que os sócios podem efetivamente exigir o pagamento de tais valores creditados a eles, a qualquer momento, uma vez que o dividendo declarado passa a integrar seu patrimônio.

A conferência de participação societária da empresa operacional para uma holding a título de integralização de aumento de capital social também pode implicar modificação na liberdade de fluxo financeiro via distribuição de dividendo. Explica-se: se a empresa operacional tiver registrada em seu balanço reserva de lucros, então poderá pagar dividendo; contudo se o sócio da empresa operacional for a holding e esta, ao receber o pagamento de dividendo, não tiver em seu balanço reserva de lucro, então não poderá pagar dividendo por ausência de lucro. Isso ocorre na medida em que a holding que contabiliza o investimento pela equivalência patrimonial ainda não houver capturado em seu balanço os lucros da empresa operacional investida (ou seja, na empresa operacional há registro de lucros de períodos pretéritos, o que não aparece na holding por ocasião da conferência). Nesse

caso, o sócio pessoa física somente conseguirá liquidez financeira por meio de mútuo ou redução de capital.

Um outro cuidado especial que se deve tomar diz respeito às formas de remunerar o capital investido na operacional, e que, atualmente, são duas: dividendos e **juros sobre capital próprio** (JCP). Isso porque a legislação dá diferente tratamento tributário para essas duas figuras.

A distribuição de dividendos é isenta de IR¹³, sendo que o valor disponível já foi tributado pelo IR da pessoa jurídica (IR.PJ) e pela Contribuição Social sobre o Lucro (CSL), tanto pelo regime de apuração do lucro real quanto pelo do lucro presumido. Assim, mesmo sendo o sócio uma pessoa jurídica, a distribuição de lucros é isenta, sendo que não há nova incidência tributária de IR na apuração de lucro dessa pessoa jurídica (sócia), nem na distribuição de dividendos para a pessoa física. O tratamento é o mesmo na distribuição em favor de pessoas com residência ou sede no país ou no exterior.

Os JCP sofrem retenção de IR na fonte (IRF) com a alíquota de 15%¹⁴ e são considerados como despesa para a empresa que efetue a apropriação. Assim, satisfeitas as condições para uso desse instituto¹⁵, para a empresa lucrativa e que adota o regime de lucro real é vantagem o pagamento dos JCP, pois reduz a carga

¹³ Lei 9.249/95, art. 10

¹⁴ Regulamento do Imposto de Renda, art. 668

¹⁵ O art. 9º da Lei nº 9.249 determina a possibilidade de a pessoa jurídica deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP. As condições estão nos parágrafos desse artigo:

§ 1º - O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. (redação dada pelo art. 78 da Lei 9.730/96).

§ 2º - Os juros ficarão sujeitos a incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º - O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real.

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

...

§ 6º - No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º - O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital, próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o Art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º - Para os fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica, exceto se esta for adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

tributária em 34% (IR.PJ + CSL) mediante pagamento de 15% (IRF), portanto com proveito de aproximadamente 19%.

A tributação na fonte é exclusiva para o sócio pessoa física residente no Brasil; desse modo, o rendimento é considerado como já tributado e deve apenas ser informado na Declaração Anual. Contudo, se o sócio da empresa que pagar JCP for uma pessoa jurídica, esta deve reconhecer tal pagamento como receita e submetê-la à incidência de PIS, COFINS, IR.PJ e CSL, o que significa diminuição do proveito tributário¹⁶.

Por conta desse tratamento tributário, deve-se analisar a remuneração do investimento na investida antes da reorganização societária com utilização de holding de participações.

Nesses termos, e sob o ponto de vista tributário apenas, pode não ser recomendável a conferência para uma holding da propriedade integral de participações societárias detidas em empresa que apura lucro real e remunera o capital pelo pagamento de JCP.

Com o propósito específico de não perder o tratamento tributário dispensado à pessoa física, adota-se a conferência da nua-propriedade das participações para a holding e a reserva do usufruto¹⁷ de renda nas mãos da pessoa física do sócio conferente. Assim, os JCP continuam sendo pagos ao sócio pessoa física até que o direito se extinga, o que pode ocorrer por decurso de prazo, pela renúncia ou pela morte do usufrutuário¹⁸. Ao extinguir-se o usufruto, a propriedade integral das participações na empresa operacional passam a pertencer à holding, até então detentora apenas da nua-propriedade sobre ditas participações, e o pagamento de JCP torna-se uma receita tributável dela, aumentando-se consequentemente a carga tributária, como já se disse. Consoante se pode concluir, o problema pode ser apenas temporariamente evitado, posto que a solução preserva o proveito tributário apenas por uma geração (enquanto a pessoa física conferente, usufrutuária, sobreviver e o mantiver), já que o usufruto é direito pessoal e intransferível.

¹⁶ Ainda que a holding, sob regime de apuração do lucro real, também promova pagamento de JCP e consiga portanto neutralizar com a despesa a base de cálculo de IR.PJ e CSL, permanece a obrigação de tributação de PIS e COFINS (à alíquota conjunta de 9,25%)

¹⁷ Código Civil, arts. 1.390 e seguintes

¹⁸ Código Civil, art. 1.410

Alternativa interessante à constituição de holding, mas sem todas as vantagens que esta oferece, consiste na criação de classes de ações na empresa operacional sob o tipo sociedade por ações, a viabilizar os acordos de comando e de defesa e a regular o exercício do voto em bloco, por meio do competente acordo de acionistas¹⁹.

Muito embora a Lei das S.A.²⁰ preveja que as ações ordinárias da companhia fechada podem ser de uma ou mais classes, em função (i) de sua conversibilidade em ações preferenciais, (ii) da exigência de nacionalidade brasileira do acionista, ou (iii) do direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos, bem como que o estatuto social pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração e subordinar as alterações estatutárias que especificar à aprovação, em assembleia especial, dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais, esse instituto vem sendo utilizado com sucesso nas companhias de capital fechado, por aplicação analógica, ainda que para ações ordinárias, desde que todos os acionistas estejam de acordo com sua implementação.

Se as ações da sociedade forem divididas em classes distintas, pode-se prever que cada classe de ações ordinárias confira aos seus respectivos titulares, independentemente da quantidade de ações, a obrigação de votar em bloco, de tal sorte que o voto a ser proferido por aquela determinada classe de ações ordinárias represente um voto único representante de uma determinada quantidade de ações, tal como ocorre na holding. Para tanto, o acordo de acionistas pode determinar que os votos que os titulares da totalidade das ações de cada classe terão que proferir em assembleias serão previamente deliberados por maioria absoluta de votos dos titulares da respectiva classe de ação em reunião prévia. Consegue-se, assim, o mesmo efeito daquele para as holdings de participações: a decisão tomada na reunião prévia significa o voto a ser dado por aquela classe de ações, tal qual por aquela holding.

¹⁹ Nas companhias cujas ações são negociadas em Bolsa e que se classificam como Novo Mercado não se permitem diferentes classes ou espécies de ações (ordinárias e preferenciais), tampouco Acordos de Acionistas

²⁰ Lei 6.404/76

Versando sobre o efeito da proteção patrimonial, a criação de classes de ações não tem o condão de minimizar, na mesma medida que a holding, eventuais reflexos de alteração patrimonial dos sócios ou riscos pessoais deles em relação às sociedades operacionais, bem como riscos da operação em relação aos sócios, uma vez que as ações permanecem detidas diretamente pelas pessoas físicas. Mas a classe de ações proporciona, da mesma forma que a holding, o distanciamento de qualquer debate da operação e possibilita o estabelecimento de regras de convivência entre os sócios, bem como viabiliza a formação de blocos e a concentração de votos, como se viu ao se falar de reuniões prévias.

Essas regras e prerrogativas, consoante o que acima se afirmou, e muitas outras, podem ser garantidas em acordo de acionistas que, tanto no caso de classe de ações, quanto no caso de holding e, ainda, para toda e qualquer empresa operacional. O acordo de acionistas nas S.A., ou o acordo de sócios nas limitadas, é um instrumento de grande relevância e de fundamental importância para a salvaguarda de direitos e para a imposição de obrigações entre os sócios, regulando as relações de poder político e econômico que o estatuto ou o contrato social não estejam aptos a regular. Os direitos sucessórios e patrimoniais também podem ser objeto de proteção pelo referido acordo²¹.

²¹ Já que se está a falar de acordos de sócios/acionistas, mister se faz abrir um parêntese para abordar a sua utilidade e versatilidade dentro dos planejamentos, para todo e qualquer tipo de holding ou sociedade operacional. Suas previsões, instituidoras de direitos e obrigações entre seus signatários, têm por alvo a sobrevivência salutar do negócio, de geração para geração, a proteção do patrimônio e o convívio regulado entre os seus detentores. A estrutura dos acordos de sócios/acionistas compreende regras reguladoras (a) da compra e venda das ações/quotas, ou seja, normas sobre a disponibilidade patrimonial das participações (os chamados acordos de bloqueio, que podem disciplinar regras de preferência, *tag along*, e *drag along*), e (b) do exercício do direito de voto, subordinado a determinadas diretrizes convencionadas sobre matérias específicas (os chamados acordos de comando e de defesa, que permitem regular o exercício de voto e estatuir quórum qualificado para determinadas deliberações sociais). Mas os acordos de sócios/acionistas podem tratar de outras questões, sendo que, dentre as matérias normalmente versadas nos seus textos destacam-se a estipulação de critérios de decisões no âmbito da administração societária, eleição e responsabilidades dos administradores, normas claras e eficientes de Governança Corporativa; os acordos habilitam-se, também, a tratar do ingresso de herdeiros e sucessores (inclusive no que disser respeito ao voto), versar sobre o estabelecimento e definição da política de distribuição de dividendos e de reinvestimentos de lucros, regular o direito de retirada (disciplinando critérios de avaliação, bem como forma e pagamento de haveres apurados), ajustar regras de não-concorrência e suas consequências, estatuir normas sobre negócio vinculado, dispor sobre a solução de conflitos decorrentes do acordo, disciplinar mecanismos para a aquisição de participações em caso de constrição judicial, etc. Ao lado das regras do estatuto ou do contrato social das sociedades, o acordo de sócios/acionistas é a chave do equacionamento, da adequação e da defesa dos interesses dos sócios, ajustando suas relações, protegendo seus interesses e, por conseguinte, protegendo o negócio, o patrimônio, as relações materiais e familiares. O acordo de sócios/acionistas tem eficácia perante a sociedade e pode obrigar herdeiros e sucessores, cessionários, usufrutuários. Tão significativo é o caráter vinculatório do acordo de sócios/acionistas que pode ser declarado nulo o voto dado em desconformidade com ele. A lei determina, inclusive, que os sócios podem promover a execução das obrigações assumidas por meio do Acordo. A todo modo, é indispensável que haja determinação das matérias objeto do acordo formalizado e que se estabeleça que os sócios contratantes, signatários do Acordo, bem como os eventualmente ingressantes, têm suas participações necessariamente sujeitas a ele.

Há uma questão estratégica a ser avaliada, que diz respeito ao interesse de **venda da empresa operacional** a curto ou médio prazo. Isso quer dizer que conferir para a holding participações de uma empresa operacional que se tenha a intenção de vender pode ser extremamente desvantajoso sob o ponto de vista fiscal, vindo a comprometer a negociação.

Isso porque, enquanto a alienação de participações societárias pela pessoa física está sujeita à incidência do IR.PF sobre o ganho de capital auferido, como se viu acima, a venda de participações societárias pela pessoa jurídica (holding) está sujeita à incidência de tributos à alíquota de 34% sobre o lucro (IR.PJ 15%, adicional de 10% e CSL de 9%).

É certo que nada impede que a pessoa física aliene a holding, se for detentora de único ativo que é o investimento na sociedade operacional cuja aquisição é pretendida, e submeta-se a pessoa física à tributação do ganho de capital, mas disso depende a aceitação do comprador e ampliação da investigação que se promove na empresa alvo (due diligence).

Uma alternativa, cuja conveniência e viabilidade financeira devem ser avaliadas, encerra-se na conferência das ações da companhia investida para a formação do patrimônio de um Fundo de Investimento em Participações – FIP, regulamentado pela Instrução CVM 391, de 16.07.03, com alterações introduzidas pelas Instruções da Comissão de Valores Mobiliários - CVM - n^{os} 478/09 e 496/11.

Não se pode esquecer, todavia, do Ato Declaratório Interpretativo 7/07 da Receita Federal do Brasil²² que manifestou o entendimento do fisco no sentido de que a conferência de participação societária ao fundo deve ser feita por valor de mercado, o que implica na apuração de ganho de capital e eventual recolhimento de IR.PF. Independentemente da falta de base legal, é prática no mercado a exigência, pelos administradores de fundos, do cotista/conferente a demonstração do

²² “Artigo único. O imposto de renda devido sobre o ganho de capital apurado na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários deve ser pago até o último dia útil do mês subsequente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos títulos ou valores mobiliários alienados, na data da integralização das cotas, e o respectivo custo de aquisição.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço informado pelo contribuinte, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado.”

valor de mercado das ações a serem conferidas e que a operação de conferência seja efetuada por tal valor.

Os fundos de investimento, de maneira geral, funcionam como condomínios, nos quais o investidor assume o papel de cotista. As cotas dos fundos correspondem a frações ideais de seu patrimônio, e os ativos que fazem parte dele são de propriedade dos próprios investidores, em condomínio. Os fundos não têm personalidade jurídica e, portanto, não são sujeitos passivos de tributos ou de qualquer outra obrigação. Portanto, somente o cotista é tributado, ainda que mediante retenção na fonte pelo administrador do fundo, e, ainda assim, a tributação nos fundos fechados (como é o caso dos FIP) e nos de renda variável acontece apenas quando há o resgate das cotas.

O IR nos fundos de investimento incide sobre o rendimento obtido pelo cotista e a sua alíquota varia de acordo com a composição da carteira e com o prazo médio dos títulos que a compõem; no caso do FIP (que é um fundo fechado), o IR incide à alíquota de 15% sobre o ganho de capital (diferença positiva entre o valor de resgate e o valor de aquisição da cota), desde que a sua carteira seja composta por, no mínimo, 67% de ações, bônus de subscrição e debêntures de companhias de capital aberto ou fechado, e participante do processo decisório da companhia investida²³, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração; caso contrário, aplica-se a seus rendimentos tributação idêntica à dos fundos de renda fixa. O fato gerador do IR.PF é o resgate das cotas do FIP pelo cotista, e a tributação do ganho de capital é definitiva. Isso quer dizer que, enquanto não se verificar o resgate de cotas do FIP o cotista não sofre qualquer tributação.

Entretanto, o FIP pode aumentar a carga tributária sobre o rendimento provido pela empresa operacional, uma vez que se o dividendo e os JCP forem pagos a ele, a consequência será a valorização da cota sujeita à incidência de IRF no momento do resgate. Ou seja, o rendimento isento (dividendo) passa a ser tributado. Uma alternativa que o mercado adota, utilizando analogamente o artigo 42 da Instrução CVM 409/04 previsto para o fundo de investimento em ações, é a previsão

²³A participação no processo decisório das companhias investidas dá-se pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle, pela celebração de acordo de acionistas ou, ainda, pela celebração de ajuste de natureza diversa ou adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão

para o administrador destinar diretamente aos cotistas as quantias atribuídas ao fundo a título de dividendos, JCP ou outros rendimentos. Com isso, a carga tributária continua a mesma que a da pessoa física.

Não obstante os atrativos tributários acima, além dos atrativos organizacionais proporcionados pelo Regulamento (documento que corresponde ao regimento do fundo de investimento e admite algumas normas formatadas conforme o perfil e as necessidades do cotista) e a segurança de seu registro e fiscalização pela CVM, deve-se atentar para a viabilidade econômica da instituição de um fundo, a depender do patrimônio envolvido, tendo em vista os custos da sua manutenção, das taxas de administração e de gestão, da custódia de seus títulos, da auditoria exigida de suas contas, da fiscalização obrigatória pela CVM, etc.²⁴

2.5. Holding Imobiliária

O primeiro cuidado a se observar é o de **classificar os imóveis conforme sua vocação**, definindo-se sua finalidade, quer sejam de uso pessoal, de uso empresarial, quer sejam imóveis urbanos ou rurais, de locação, moradia, ou destinados à venda, permuta, incorporação imobiliária, etc., e quer sejam detidos pela pessoa física ou jurídica.

²⁴ Uma situação fática que se coloca como exemplo de utilização de um FIP: uma sociedade limitada, detida por dois sócios, que vêm recebendo propostas importantes de venda da sociedade operacional, e têm planos de empreender novos negócios. Um deles com dois graves problemas: (1) a mulher desse sócio, com quem é casado sob o regime da comunhão universal de bens, encontra-se extremamente adoentada e com poucas chances de vencer o mal que acomete sua saúde; (2) um de seus quatro filhos tem sérios problemas de relacionamento com os pais e com os três irmãos. Diante desse quadro, infelizmente prevendo-se a aproximação do falecimento de sua mulher e o conseqüente tratamento sucessório das quotas detidas pelo casal, concluiu-se que se poderia criar uma questão impeditiva da venda de 100% da referida sociedade, o que comprometeria, inclusive, o outro sócio. A sucessão outorgaria ao filho problemático participação obrigatória na empresa operacional, de forma inexorável, posto ser este o principal ativo do patrimônio familiar. Nesse cenário, três situações foram discutidas: (i) a celebração de um Acordo de Sócios contendo cláusula de obrigatoriedade de venda conjunta pelos sócios atuais, obrigando herdeiros e sucessores; (ii) a conferência das quotas da operacional detidas pelo casal para uma holding, de tal sorte que, com a sucessão da mãe o filho recebesse quotas da holding, onde figuraria na posição de minoritário; (iii) a conferência das ações da operacional detidas pelo casal para um FIP, precedida da transformação da sociedade em uma S.A. de capital fechado, com a concordância do outro sócio.

A alternativa (ii), de constituição da holding, proporcionaria a solução da questão sucessória e societária. Entretanto, a venda da empresa operacional seria feita pela holding, o que resultaria numa carga fiscal de 34% sobre o lucro. A alternativa (i) solucionaria a questão societária, sem qualquer desvantagem tributária, de tal sorte que, com a venda da operacional, os sócios pessoas físicas seriam tributados pelo ganho de capital à alíquota de 15%, e, após, poderiam investir nos novos negócios da forma pretendida. Porém, a alternativa eleita foi a (iii), pois, além de sanar o problema sucessório e societário (o Regulamento do FIP contemplando regras de voto que protegessem a família da intervenção do filho problemático), traria uma vantagem fiscal, uma vez que, com a venda da empresa e a intenção da aplicação dos recursos em novos negócios, a tributação dos cotistas do FIP à alíquota de 15% ficaria postergada para o momento do resgate das cotas do fundo. A família calculou os custos de constituição e manutenção do FIP, versus as vantagens tributárias do diferimento do imposto e concluiu que esta seria a melhor opção, naquele momento.

A legislação tributária atribui tratamentos diversos à alienação de imóveis e devem ser cuidadosamente analisados sob a ótica do IR, se detidos por pessoas físicas ou jurídicas, mas na maior parte das vezes a alienação pela pessoa física costuma ser mais vantajosa do que pela jurídica.

Assim, por exemplo, se um imóvel detido pela pessoa física está destinado à alienação, a sua conferência para uma holding pode ser desinteressante, ainda mais se ela estiver submetida à apuração do lucro real. A conveniência da constituição de empresa imobiliária tributada pelo lucro presumido mediante a conferência de bens destinados à venda, e, portanto, registrados em estoque, deve ser analisada à luz da tributação incidente (IR e ITBI) e comparada ao ganho de capital da pessoa física²⁵. É questão de cálculo porque duas variáveis influem na carga tributária, pois as bases de cálculo e as alíquotas incidentes são diferentes.

Na alienação de imóvel detido por pessoa física, o IR incide à alíquota de 15% sobre o ganho de capital (diferença positiva entre o valor de custo constante da Declaração de Bens e o valor de alienação), observados tratamentos de favorecimento previstos em lei, como por exemplo o da isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na venda de imóvel residencial se no prazo de 180 dias o produto da alienação for aplicado na aquisição de imóveis residenciais (esse benefício só pode ser utilizado uma vez a cada cinco anos).

No caso de imóvel registrado em estoque (ou seja, cuja destinação é a de venda), no caso a holding cujo objeto social seja a atividade imobiliária e o regime de apuração de seu lucro seja o presumido, a tributação incide à alíquota máxima de 6,73%²⁶ sobre a receita da venda do bem.

É importante ressaltar que a conferência do imóvel pela pessoa física para a pessoa jurídica equivale a uma alienação e pode ser feita pelo valor de Declaração de Bens, sem a incidência do IR.PF sobre o ganho de capital; mas também, da mesma forma que se viu ao tratar-se da conferência de participações societárias para a holding de participações, a conferência dos imóveis para a holding imobiliária pode ser feita pelo valor de mercado dos bens, superior ao valor de

²⁵ Não se ingressa na discussão de planejamento tributário, por escapar do objeto deste estudo.

²⁶ soma das alíquotas de IR (presumido atividade comercial 8% x 25% = 2%), CSL (presumido atividade comercial 12% x 9% = 1,08%), PIS (0,65%) e COFINS (3%); adota-se aqui o adicional de IR de 10% como integrante da alíquota do IR

Declaração de Bens, aproveitando-se dos tratamentos favorecidos que levem em conta a data de aquisição do bem²⁷. Isso faz aumentar o valor de custo do imóvel²⁸.

A transferência de ativos, inclusive imóvel, de uma pessoa jurídica (por exemplo, a empresa operacional) para outra pessoa jurídica (holding imobiliária) pode se dar por diversas maneiras. De modo geral, a complexidade e as implicações tributárias acabam por conduzir a decisão sobre a maneira de promover a transferência.

Vale mencionar que, na hipótese de cisão parcial para retirada do imóvel em favor da holding imobiliária (cindenda), além da complexidade da operação com levantamento de balanço e encerramento de período base, inclusive com entrega de DIPJ, há a previsão legal do artigo 132 do Código Tributário Nacional que estabelece a responsabilidade da cindenda por passivos tributários da cindida até a data da operação.

Na hipótese de redução de capital da empresa operacional para entrega do imóvel para o sócio e posterior conferência do mesmo imóvel para integralização de aumento de capital da holding imobiliária, enfrentam-se duas circunstâncias desfavoráveis: (i) o prazo legal para registro da operação em Junta Comercial (em função da necessidade de publicação da ata que aprova a redução, e de prazo concedido para a manifestação de terceiros²⁹) e (ii) a possível dupla incidência do Imposto sobre Transmissão "Inter Vivos" de Bens Imóveis (ITBI) e também dois registros na matrícula do imóvel.

Cumprido elucidar que o registro contábil dos imóveis conforme sua destinação é de suma importância, pois define o seu tratamento fiscal. Tanto é assim, que se os imóveis forem registrados no imobilizado da empresa, ainda

²⁷ se o imóvel tiver sido adquirido anteriormente a 1988 há desconto de 5% a cada ano em que se manteve a propriedade até 1988; existe a possibilidade de aplicação de fatores de redução na base de cálculo do imposto de renda equivalentes a $1/1,0060^{m1}$ (fator de redução 1) e $1/1,0035^{m2}$ (fator de redução 2), onde **m1** = número de meses desde a aquisição do bem, mas não antes de janeiro de 1996, até outubro de 2005, e **m2** = número de meses desde novembro de 2005 até a data da alienação

²⁸ se efetivamente a intenção é a de venda e a vendedora for pessoa jurídica tributada pelo lucro presumido, pode não ser interessante o aumento do custo do bem, tendo em vista que a tributação incidirá sobre o valor da receita da venda e não sobre a diferença entre o custo e a alienação; outro tanto, poderá vir a aumentar o valor do ITBI incidente sobre a conferência se este for superior ao valor venal

²⁹ Para S.A. o art. 174 da Lei 6.404/76 estabelece o prazo de 60 dias, e para Limitadas o art. 1.084, parágrafo 1º do Código Civil prevê 90 dias

que tributada pelo lucro presumido, a tributação na venda dos bens incidirá à alíquota de até 34%³⁰ sobre o ganho de capital pelo fato de tratar de receita não operacional.

Outro tanto, caso a empresa imobiliária para a qual sejam conferidos os bens seja tributada pelo lucro real, ainda que registrados em estoque, a tributação incidirá com as alíquotas de 34% sobre o lucro e 9,25%³¹ sobre a receita.

No caso da locação de imóvel, a princípio a tributação mais favorecida é a da empresa submetida ao regime do lucro presumido em comparação à pessoa física, desde que registrados contabilmente na conta de imobilizado, apesar do investimento em ITBI, que será disposto em seguida.

Sobre o valor da locação de imóvel detido por pessoa física deve ser aplicada a tabela progressiva do IR.PF (carnê-leão) que incide à alíquota máxima de 27,5% sobre a receita da locação do bem. A legislação tributária exige pagamento ou retenção (no caso de fonte pagadora pessoa jurídica) e inclusão na Declaração de Ajuste anual, com aplicação da tabela progressiva sem dedução especial na apuração da base de cálculo.

Como já se assinalou, para o caso de imóvel registrado no imobilizado de empresa cujo objeto social seja a atividade imobiliária e o regime de apuração seja o lucro presumido a tributação incide à alíquota máxima de 14,53%³² sobre a receita da locação do bem. Mas a conferência de imóveis destinados à locação para uma empresa que exerça preponderantemente atividade imobiliária implica investimento obrigatório de ITBI, de competência municipal e alíquotas variáveis de um para outro município.

A norma geral do ITBI determina que o imposto não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital, no caso a sua conferência para a holding. Entretanto, se a empresa receptora tiver como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, a sua locação ou arrendamento mercantil, considerando-se caracterizada a atividade preponderante quando mais de 50% da sua receita

³⁰ soma das alíquotas de IR.PJ (15% + 10% adicional) e CSL (9%)

³¹ soma das alíquotas de PIS (1,65%) e COFINS (7,6%), podendo entretanto haver crédito em razão do sistema não-cumulativo dessas contribuições no regime de lucro real

³² Soma das alíquotas de IR (presumido atividade aluguel 32% x alíquota 25% = 8%), CSL (presumido atividade aluguel 32% x alíquota 9% = 2,88%), PIS (0,65%) e COFINS (3%)

operacional nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição decorrer desses tipos de transações, o ITBI incide sobre a transmissão.

Dessa forma, como o patrimônio imobiliário pode ser gerador de renda (venda, locação ou arrendamento), ou não (moradia e/ou lazer), por questões de ordem tributária e de gestão patrimonial, pode-se organizar os imóveis em duas holdings, uma para os de uso familiar e de lazer, sobre cuja transferência não incide o ITBI, e outra para os imóveis geradores de renda, sobre cuja conferência incide o ITBI, calculado sobre o valor da conferência ou o valor venal (ou valor de referência) do bem, dentre eles o maior.

A visão macro do planejamento autoriza a afirmação de que o investimento em ITBI, no caso de imóveis de renda, é amortizável em um determinado período de tempo, comparando-se à economia fiscal que a percepção de receitas de aluguéis por pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido e alocadas no imobilizado podem gerar, se comparadas às pessoas físicas.

Deduz-se, assim, que todas as questões devem ser avaliadas: quais os imóveis se deve conferir, por qual valor e para que tipo de empresa.³³

2.6. Ativos Financeiros

Com propósito de organizar e proteger o patrimônio, verifica-se que, enquanto para determinados tipos de ativos, tais como imóveis, por vezes a solução se encerra na sua conferência para uma holding, com possibilidade de se obter proteção patrimonial e/ou economia fiscal no caso de locação desses bens, de se evitar condomínio e de se celebrar acordo de sócios com regras de conduta, como se viu há pouco, e o que também pode ser aconselhável para outros ativos como

³³ Como exemplo prático poder-se-ia citar o caso de um imóvel antigo, adquirido nos anos 70, objeto de locação de altíssimo valor de mercado, detido por pessoas físicas em condomínio. A sugestão, dentro do exemplo, digamos que fosse a conferência do bem para uma holding imobiliária, tributada pelo regime do lucro presumido. E o que se deveria inicialmente questionar seria por qual valor deveria tal bem ser conferido para a sociedade: se (a) pelo valor de custo, perder-se-ia uma vantagem já existente de redução da base de cálculo do ganho de capital sobre a diferença positiva entre o valor de conferência e o valor de custo; ou se (b) pelo valor de mercado, usufruir-se-ia do citado benefício do imposto de renda, mas ampliar-se-ia a base de cálculo do ITBI, posto que o valor da conferência superaria o valor venal dos bens conferidos. À vista das observações acima, o pensamento induz ao entendimento de que o investimento em ITBI é amortizável em um determinado período de tempo, e os cálculos o comprovam, comparando-o à economia fiscal que a percepção de receitas de aluguéis pela holding imobiliária geraria. Mas o que não se pode desprezar, nesse cenário, é a vantagem que o benefício do tempo traz para fins de cálculo do imposto de renda sobre o ganho de capital, e a definição do valor de conferência do bem

aeronaves, embarcações, etc., para outros ativos não se recomenda a constituição de uma sociedade para detê-los. É o caso dos ativos financeiros.

Ainda que a entrega de recursos para uma sociedade de investimento possibilite a imposição de regras de gestão e de distribuição dos lucros entre os sócios, bem como que esse movimento possa solucionar questões de organização patrimonial e sucessória, tal conferência não é recomendável quer por razão de natureza tributária³⁴, quer por razão de natureza societária, pois muitas vezes não consegue acomodar os interesses dos sócios. Isso porque, já que os lucros somente podem ser distribuídos em uma sociedade quando haja reservas, de modo que, a fim de que se promova a entrega regular ou periódica de recursos a sócios em valores maiores do que o lucro acumulado, a solução passa por constituir um mútuo com a pessoa jurídica (com implicações tributárias), ou por reduzir o capital (com implicações societárias, inclusive a necessidade de publicação prévia da deliberação em 60 ou 90 dias, conforme o caso de S/A ou Ltda., para posterior registro). Enfim, a titularidade desses ativos por uma holding não sana a questão societária além de comprometer a inteligência tributária.

Portanto, para esses tipos de ativos líquidos a holding não é recomendada³⁵. A permanência da titularidade de tais ativos com as pessoas físicas é menos onerosa, ou, caso seja viável economicamente, podem eles ser conferidos para um fundo de investimento exclusivo (no Brasil ou no exterior), formatado de acordo com o perfil de seu titular, na qualidade de investidor qualificado.

3. CONCLUSÃO

A formação de holdings como instrumento de reorganização e proteção patrimonial, tanto quanto de planejamento sucessório, é de larga utilização, tendo-se tornado um dos mais utilizados. No caso da holding pura (aquela cujos ativos correspondem a participações em outras sociedades), destacam-se entre as vantagens de sua utilização o fato de minimizar eventuais reflexos de alteração patrimonial dos

³⁴ Enquanto a pessoa física sofre tributação de seus rendimentos financeiros a alíquotas de 22,5% a 15%, os mesmos rendimentos de aplicações financeiras da pessoa jurídica estão sujeitos à alíquota de 34%, correspondente à soma das alíquotas de IR e adicional de IR (15% + 10%) e CSL (9%), independentemente se o regime adotado for o do lucro real ou o lucro presumido

³⁵ Eventualmente, se a pessoa jurídica for deficitária por conta de outras atividades, a receita financeira pode ser neutralizada do ponto de vista fiscal com a despesa ou resultado dessas outras atividades.

sócios ou riscos pessoais deles em relação às sociedades operacionais, bem como riscos da operação em relação aos sócios. Além disso, a holding cria um ambiente de relacionamento distante da operação e possibilita o estabelecimento de regras de convivência entre os sócios, evita a ingerência de terceiros, bem como de herdeiros e sucessores dos sócios nas sociedades operacionais, e concentra a capacidade de investimento com a união de participações individualmente minoritárias, viabilizando a formação de bloco por meio da unificação de votos. As decisões relativas à empresa investida podem ser deliberadas no âmbito da holding, em reuniões prévias, de tal sorte que as discussões acontecem de forma distanciadas da operação, que fica preservada.

Os cuidados sob o aspecto tributário na constituição de holding pura são os relativos ao valor da conferência do investimento para integralização do capital social da holding, tanto do ponto de vista da pessoa física que está sujeita à apuração de ganho de capital, quanto do ponto de vista da própria holding que, no caso de investimento relevante, deve registrar diferentemente, contábil e tributariamente, o valor de custo em valor de investimento, mais valia e ágio/deságio. Ademais, o pagamento de juros sobre capital próprio da empresa operacional, investida da holding, provoca reflexos tributários nesta, aumentando a carga tributária da cadeia até o sócio pessoa física.

No caso da holding imobiliária, além de todas vantagens acima, tem ela o condão de evitar o condomínio de imóveis e todas as dificuldades dele provenientes, preservar a segurança dos detentores de bens de grande valor, vez que o registro público é feito em nome da pessoa jurídica, além de possíveis vantagens tributárias que poder vir a ser auferidas com relação ao imposto de renda sobre valores locatícios eventualmente recebidos.

Para os ativos financeiros, em razão de a legislação prever carga tributária de 34% sobre os rendimentos recebidos por pessoa jurídica, a sua manutenção na pessoa física se mostra a melhor opção, com tributação de 22,5% a 15%, ou, então, a entrega dos ativos a um fundo de investimento cuja tributação será de acordo com o perfil de sua carteira de investimento.

Enfim, embora a holding represente na imensa maioria das vezes um excelente veículo para proteção patrimonial, reorganização societária e também planejamento sucessório, salvaguardando o patrimônio de agentes internos e

IBET

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

externos, a decisão acerca de sua constituição merece cuidados, posto que ela não necessariamente significa a melhor solução ou a mais adequada sob o viés tributário, podendo, inclusive, colocar em risco vantagens já existentes ou implicar aumento da carga fiscal do indivíduo ou da empresa.