

ESTRUTURAÇÃO DE *HOLDINGS* RURAIS E LIMITES À INCIDÊNCIA DO ITBI

*Pedro Guilherme Gonçalves de Souza*¹

Sumário: 1. Introdução – 2. A incidência do ITBI à luz da Constituição de 1988 e do CTN – 3. Limites objetivos à incidência do ITBI na constituição de *holding* rural: 3.1 Imunidade da integralização de bens em pessoas jurídicas: 3.1.1 Propósito negocial da integralização na *holding* rural; 3.2 Incorporação, fusão, cisão e extinção de *holdings* rurais; 3.3 Incorporação de subsidiária integral imobiliária pela *holding* rural; 3.4 Operações com Fundos de Investimento – 4. Considerações Finais – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É cada vez mais frequente a utilização de sociedades cujo objeto exclusivo é a participação em outras sociedades (*holding*) para a organização da atividade rural.

As motivações são as mais diversas. A *holding* em muitos casos é usada para segregar os riscos decorrentes da sucessão hereditária, de modo a evitar que disputas entre herdeiros prejudiquem o fluxo normal da atividade rural. Em outros

1. Graduado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduado em Economia pela EESP/FGV. Membro do Comitê tributário da Sociedade Rural Brasileira. Professor do curso de tributação do agronegócio do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogado em São Paulo/SP.

casos, visando ao recebimento de investimentos estrangeiros diretos, e tendo em vista a questionável restrição do direito de alienação de terras a estrangeiros consolidado no Parecer CGU/AGU n° 01/2008-RVJ publicado pela Advocacia Geral da União,² estruturam-se *holdings* detentoras de terras, que concentram o controle societário da pessoa jurídica dona da terra, ainda que não econômico, nas mãos de pessoas brasileiras. Isso apenas para citar dois exemplos.

A estruturação da *holding* rural é tarefa que requer cuidado. Demanda, além da análise de estrutura societária que permita a fluidez de tomadas de decisão, a análise e atribuição de valor aos ativos a serem integralizados, de acordo com um dos critérios da lei de regência, com possíveis impactos relacionados ao Imposto de Renda (IR) e ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Em razão da ausência de um critério único de atribuição de valor a tais ativos pelas diferentes autoridades fiscais,³ por vezes o valor atribuído pelo constituinte da *holding* é desafiado pela administração tributária, principalmente municipal.

O presente trabalho visa a apresentar balizas seguras para a estruturação de *holdings* rurais em vista das questões acima.

2. A INCIDÊNCIA DO ITBI À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DO CTN

O Código Tributário Nacional (CTN) – instituído na vigência da Constituição de 1946 (CF/46) – prescreve a tributação

2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/agu/prc-la01-2010.htm> Acesso em: 23.out.2020. Para uma crítica ao parecer, vide: BUTZNER, Renato Barichello; SILVA FILHO, Emanuel Lima da. Aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil. In: ZANCHIM, Kleber (coord.). *Direito empresarial e agronegócio*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 39-48.

3. *E.g.* União: [Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995] Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado. Município de São Paulo: [Lei n° 11.154, de 30 de dezembro de 1991] Art. 7°. Para fins de lançamento do Imposto, a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado.

sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos de forma unificada e atribuída à competência dos Estados.

A Constituição de 1988 (CF/88) modificou tal arquétipo normativo. A tributação das transmissões de propriedade foi cindida mediante a criação de dois tributos: (i) ITBI, incidente em transmissões onerosas com bens imóveis entre vivos, atribuído à competência dos Municípios; e (ii) imposto transmissões decorrentes de morte ou doações de bens móveis e imóveis, mantido na competência dos Estados (ITCMD).

Esta mudança traz evidente incompatibilidade, ainda que parcial, entre o regramento do “imposto sobre transmissões” do art. 35 e seguintes do CTN e o ITBI. Além de ser da competência dos estados, o primeiro incidia sobre transferências onerosas ou *causa mortis* e poderia ser deduzido da base de cálculo do imposto de renda sobre o ganho de capital.⁴ Essas e outras peculiaridades tornam questionável a constitucionalidade de parte da seção do CTN que trata do imposto de transmissão.⁵

O critério material da regra-matriz⁶ de incidência do ITBI, à luz da Constituição de 1988, é caracterizado por ato oneroso realizado *inter vivos*, em que ocorra (i) transmissão de bens imóveis,

4. [CTN] Art. 40. O montante do imposto é dedutível do devido à União, a título do imposto de que trata o artigo 43, sobre o provento decorrente da mesma transmissão.

5. O art. 34, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 determinava que “vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, *no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º*” (destaques nossos). Todavia, como bem notou Paulo Ayres Barreto em texto comemorativo aos 50 anos do CTN, nenhum dispositivo deste código jamais foi declarado inconstitucional. (*Os 50 anos do CTN e a quádrupla refutação à ampliação dos poderes das autoridades para desconsiderar negócios jurídicos*, in. Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo: AASP, v. 36, n. 132. 2016, pp. 81-90).

6. Leitura da regra jurídica impositiva do ITBI que “organiza o texto bruto do direito positivo” e explica a incidência tributária “num contexto comunicacional bem concebido e racionalmente estruturado.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 146. Para identificar o esquema de representação abstrato, sem referência a qualquer tributo, vide CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 344-345.

por natureza ou acessão física da propriedade; (ii) transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; ou (iii) cessão de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

A materialidade de sua hipótese de incidência exige mudança de titularidade e é consubstanciada com a lavratura da escritura pública e seu registro no competente Registro de Imóveis (art. 1.227⁷ e 1.245⁸ do Código Civil).

De acordo com o art. 38 do CTN, a base de cálculo do ITBI é o valor venal –, o qual consiste no valor de venda em condições normais de mercado⁹ – dos bens ou direitos transmitidos. Vários Municípios exigem o ITBI com base no valor de IPTU. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado no sentido de não haver identidade entre as bases de cálculo e formas de apuração dos dois impostos. A jurisprudência tende a aceitar como critério de aferição o valor atual e real do bem como suporte material da incidência, mediante avaliação criteriosa¹⁰. O arbitramento (aplicação de pauta e valores venais de referência) somente é possível nas hipóteses de inexistência, inconsistência ou inidoneidade da

7. Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”

8. Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

9. Valor venal é aquele que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis. (BALEEIRO, Aliomar, *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 11 ed., 2003, p. 249).

10. “[...] 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel ou de mercado, o qual não se identifica necessariamente com a base de cálculo do IPTU. 2. Agravo interno não provido.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgInt. no AREsp. 1.191.604/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 17/05/2018) Nesse mesmo sentido: REsp 1.692.369/CE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 20/08/2019; AgInt. no AgInt. no AREsp. 162.397/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 01/04/2019.

documentação que acoberta a operação, nos termos do art. 148 do CTN.

Tais disposições foram construídas essencialmente para lidar com situações em que o imóvel é *res in commercium*, ou seja, em que há uma operação de compra e venda imobiliária. De modo bastante distinto, no contexto de operações societária, como é o caso de constituição da *holding*, a regra é que o imóvel seja avaliado de acordo com a atividade empresarial pretendida.

Nesse contexto, é patente a ausência de adequação do “valor venal” como base de cálculo para o ITBI. Muito mais aderente à lógica societária seria apurar o “valor de transmissão” como núcleo da incidência do imposto. Apenas excepcionalmente, quando o valor da transmissão não pudesse ser aferido, é que o valor venal deveria poder ser buscado como referência.

Em relação ao aspecto quantitativo, a alíquota do ITBI deve ser estabelecida por lei em sentido estrito pelos Municípios. Diferentemente do tratamento do ITCMD (CF/88 art. 155, inciso IV), que outorgou ao Senado competência para definir sua alíquota máxima, a Constituição de 1988 silenciou acerca do estabelecimento de um teto para a alíquota do ITBI. Em vista disso, o entendimento corrente é o de que a limitação de alíquota a critério do Senado Federal prevista no art. 39 do CTN¹¹ não se aplica ao ITBI.¹² Por outro lado, é vedada a instituição de alíquotas progressivas uma vez que inexistente a previsão constitucional nesse sentido¹³.

11. [CTN] “Art. 39. A alíquota do imposto não excederá os limites fixados em resolução do Senado Federal, que distinguirá, para efeito de aplicação de alíquota mais baixa, as transmissões que atendam à política nacional de habitação.”

12. Em sentido oposto: MOSQUEIRA, Pedro Augusto de Almeida. *Análise da lei indica que ITBI possui alíquota máxima de 2%*. São Paulo: Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320969/analise-da-lei-indica-que-itbi-possui-aliquota-maxima-de-2>>. Acesso em: 27 ago.2020.

13. [STF] “Súmula 656: É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no

3. LIMITES OBJETIVOS À INCIDÊNCIA DO ITBI NA CONSTITUIÇÃO DE *HOLDING* RURAL

3.1 Imunidade da integralização de bens em pessoas jurídicas

Uma leitura atenta do art. 156, §2º, I da CF/88 aponta para a existência de duas hipóteses de imunidade do ITBI em relação a operações societárias, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital [*1ª parte*], nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil [*2ª parte*];¹⁴

A *primeira parte* trata de hipótese incondicional, aplicável sobre transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital. Consiste no pagamento realizado pelo sócio para integralização do capital subscrito – o que pode ocorrer tanto na constituição da pessoa jurídica ou de fundo de investimento, quanto por ocasião do aumento de capital – sendo necessária a correspondência entre o valor dos imóveis incorporados e o valor do capital integralizado.¹⁵

A regra é objetiva. Há pouca margem para considerações acerca do seu alcance. A esse respeito, em sessão virtual encerrada em 10 de agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal

valor venal do imóvel.”

14. Destaques e separações nossas.

15. HARADA, Kiyoshi. *ITBI: Doutrina e Prática*. 2. Ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93.

julgou o Recurso Extraordinário nº 796.376 (Tema 796) fixando a seguinte tese com eficácia de repercussão geral¹⁶: “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”.

A corte reconheceu a possibilidade de constituição de reserva de capital com imóveis – mediante contribuição pelos sócios ou acionistas em quantia superior ao montante subscrito – mas não admitiu a imunidade para a parcela do valor do imóvel que excede o capital integralizado. Para o STF, a destinação do excedente não corresponde à finalidade da norma e, portanto, não é alcançada pela imunidade.

Diferentemente do que se ouviu de autoridades fiscais após o julgamento, o *leading case* não fez nenhuma avaliação sobre divergências entre valor venal e valor declarado na operação societária, o que atrairia o debate sobre a legitimidade ou não do arbitramento, segundo os parâmetros do art. 148 do CTN já tratados acima. O STF teve como foco a classificação contábil do imóvel transmitido, de modo que o montante em reais correspondente à contrapartida das cotas integralizadas, e somente este, foi considerado imune.

A *segunda parte* do art. 156 § 2º, inciso I da Constituição, por sua vez – diferenciada da primeira em razão do conector “nem”¹⁷ –, trata de hipótese de imunidade condicionada. Nessa hipótese normativa, a imunidade sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, depende de o adquirente não exercer atividade preponderantemente imobiliária.

16. Apesar da afetação como repercussão geral pelo Supremo, trata-se de um caso que não repercute de forma abrangente a realidade de aplicação do ITBI. Trata-se de caso bastante peculiar, em que o valor do imóvel transmitido pelo contribuinte à sociedade foi parte integralizado como capital social e parte escriturado como reserva de capital. Não se trata de um caso de divergência de valores, mas sim de classificação contábil-societária.

17. HARADA, Kiyoshi, op. cit., p. 93.

Muito embora tal hipótese condicionada trate apenas dos fatos jurídicos societários de “fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica”, é comum que legislações municipais condicionem a operação de integralização de capital em pessoa jurídica à verificação da preponderância de atividade imobiliária.¹⁸ Ou seja, os fiscos municipais têm interpretado extensivamente o texto constitucional.¹⁹

Apesar de o julgamento do RE 796.376 não ter tratado diretamente desse aspecto, o Ministro Alexandre de Moraes, no voto condutor da divergência, adotado pela maioria, esclareceu, à título *obiter dictum*,²⁰ que a incorporação de bens em realização de capital (*primeira parte*) é incondicional e que não se confunde com as operações de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica (*segunda parte*). Para o Ministro, essa distinção é nítida pela leitura da *segunda parte* do inciso I, §2º do art. 156 da CF/88, quando o legislador menciona “nesses casos” ao tratar da condicionante

18. [Lei 11.154/1991 - Município de São Paulo] “Art. 3º O imposto não incide: III - Sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital; [...] Art. 4º Não se aplica o disposto nos incisos III a V do artigo anterior, quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, a sua locação ou arrendamento mercantil.”

[Lei 1.364/1988 - Município do Rio de Janeiro] “Art. 6º O imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direito, quando: I - incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital; [...] § 1º - O disposto nos incisos I e II não se aplica quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda de bens imóveis ou direitos a eles relativos, a locação de bens imóveis, a cessão de direitos relativos a bens imóveis ou o arrendamento mercantil.”

19. O STF ainda não se pronunciou especificamente sobre o alcance dessa hipótese de imunidade, tendo rechaçado o seguimento de diversos recursos que ali chegaram por entender tratar a questão de mera ofensa reflexa do texto constitucional ou por entender necessária a apreciação de fatos para chegar a alguma conclusão, o que é vedado naquela esfera recursal por força do enunciado da Súmula nº 279 do próprio STF.

20. Trata-se dos argumentos que não servem de embasamento à decisão judicial. Nas palavras de Schlüter, enquanto a *ratio decidendi* consiste em “razões de apoio da decisão proferida”, as *obiter dicta* (plural de *obiter dictum*) seriam elementos dispensáveis ou “não fundamentadoras da decisão” (“[...] spielt allerdings die Abgrenzung zwischen den die Entscheidung ‘tragenden’ Gründen (auch ‘ratio decidendi’ genannt) und den sie nicht ‘tragenden’ obiter dicta’ im Rahmen der Ausgleichsverfahren eine gewisse Rolle.”) (SCHLÜTER, Wilfried. *Das obiter dictum*. München: C.H. Beck, 1973, p. 77, trad. nossa)

da imunidade, e não “o outro caso” como deveria ser para tratar da *primeira parte*.²¹

Ao discorrer em *obiter dictum* sem, ao final, declarar inconstitucional a parte do art. 37 do CTN²² que faz referência ao art. 36 inciso I (integralização de capital com imóvel), perdeu o Ministro Alexandre de Moraes a oportunidade de definir questão da mais alta relevância ao contribuinte do ITCMD. Cada um dos quase seis mil municípios brasileiros poderá alegar a seu favor, com grande parcela de razão, que apesar da erudição jurídica do STF, o mencionado art. 37 do CTN continua vigente e produzindo eficácia para condicionar a imunidade do imposto à verificação da preponderância da atividade do contribuinte.

Em breve reflexão histórica sobre a regra imunizante em comento, verifica-se que a operação de integralização de capital (i) na Constituição de 1946, era tributada pelo imposto sobre transmissão de propriedade; (ii) na Emenda nº 18/65 e no CTN, foi tratada como imune, desde que a atividade preponderante do adquirente não fosse imobiliária; e, por fim, (iii) na Constituição de 1988 foi tornada imune de forma incondicional.²³ É incontestável que os art. 36, I e, especialmente, a condicionante do art. 37, *caput* do CTN, implementados

21. Kiyoshi Harada destaca que “se for para não distinguir essas duas modalidades, não teria sentido o inciso I em questão separar a primeira parte da segunda parte, precedida da vírgula e da conjunção ‘nem’. Bastaria prosseguir sem a conjunção ‘nem’ ou substituir essa conjunção pela conjunção aditiva ‘e’. *A existência da conjunção negativa “nem” indica, fora de dúvida, que o requisito da inexistência da atividade preponderante aí mencionada não tem aplicação em relação à imunidade prevista na primeira parte do citado inciso I do § 2.º do art. 156 da CF*” (HARADA, Kiyoshi, op. cit., p. 93).

22. [CTN] “Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior: I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito; [...] Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.”

23. Id., *ibid.*, p. 90.

na vigência da Emenda nº 18/65, não foram recepcionados na ordem constitucional vigente.

Não bastasse, conforme dispõe o art. 146, II da CF, cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, mas jamais ampliar ou reduzir hipótese de imunidade, o que fortalece o entendimento a favor da inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados acima.

3.1.1 Propósito negocial da integralização na *holding* rural

Na estruturação de uma *holding* rural, invariavelmente serão analisadas as hipóteses normativas acima, de modo que, sempre que legalmente possível, a formatação do negócio atraia as normas imunizantes.

Tendo em vista a economia tributária que subjaz a este procedimento, a legitimidade dessas operações passou a ser objeto de questionamento pelos fiscos municipais. Como feramental, têm as autoridades fiscais destes entes federativos lançado mão de regras antielisivas como suporte para fiscalização e autuação. Nesse cenário, embora inexista previsão normativa em âmbito nacional que o exija o “propósito negocial” como causa legítima de operações societárias, passou-se a averiguar a presença de tal propósito como requisito de legalidade da *holding*.²⁴

Visando a analisar a existência de propósito negocial na integralização de imóvel em *holdings* rurais, os Municípios

24. O debate jurídico em torno da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 trouxe à administração fazendária de todas as esferas da federação a busca por fundamentos aptos a desconstituir negócios jurídicos e afastar o que se denominou “planejamento tributário abusivo”. Institutos como o abuso de direito, a fraude à lei e, principalmente, o propósito negocial (ou a sua ausência) tornaram-se comuns na análise de operações. Do ponto de vista estritamente jurídico, o conceito de simulação, introduzido pela LC nº 104/2001 como suporte fático para a desconsideração de operações não se identifica plenamente com nenhum dos institutos mencionados acima. Aguarda-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446 pelo STF para que o alcance da chamada norma antielisiva contida no parágrafo único do art. 116 do CTN possa ser melhor aplicado.

tendem a analisar a atividade da pessoa jurídica destinatária do bem, a fim de avaliar a correspondência econômica da operação com a essência dos negócios ordinários daquela.

O entendimento de Marco Aurélio Greco acerca do dispositivo constitucional que enuncia o princípio da capacidade contributiva²⁵ tem servido de bússola teórica para tal aplicação do direito. Passa-se a citar as palavras do mencionado autor:

A pergunta a se fazer é se a previsão legal está qualificando o nome do contrato ou o perfil do contrato. Assim, da perspectiva da capacidade contributiva, quando a lei estiver se referindo a compra e venda pode ser que ela não esteja se referindo ao nome “compra e venda”, mas ao tipo de manifestação de capacidade contributiva que se dá através da compra e venda. Note-se como muda a interpretação. Uma coisa é interpretar o texto no sentido de que foi alcançado o contrato de compra e venda, outra coisa é ser alcançada a manifestação de capacidade contributiva que advém do contrato de compra e venda.²⁶

Na visão do autor, não são os atos formais que determinam a incidência tributária, mas sim o propósito negocial subjacente ao contexto econômico em que a operação está inserida. Aplicando-se o entendimento à hipótese em estudo, a constituição de *holding* para transferência de bem do produtor rural, caso tenha como finalidade reduzir a tributação, *e.g.* em cenário de escolha de base de cálculo de ganho de capital para fins de IR, caracterizaria ausência de propósito negocial.²⁷

25. “Art. 145. [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” (destacou-se)

26. GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 329.

27. “Inaceitável quanto aos efeitos fiscais a cessão de quotas à empresa alienígena para posterior alienação com tributação favorecida, sem demonstração de razão negocial que não a mera redução tributária.” (CARF, 16561.720127/201518, 1ª Turma, Cons. Rel. Demetrius Nichele Macei, julgado em 07/08/2019).

Não se pode discordar de que a utilização abusiva de estrutura societária desconectada da causa objetiva de desenvolver economicamente o imóvel empresarialmente é passível de questionamentos.

Entretanto, a margem de atuação das autoridades fiscais não é tão ampla como sugerido por Greco. Sendo a livre iniciativa princípio orientador da atividade econômica no ordenamento jurídico brasileiro (CF/88, art. 170, *caput*). O art. 116 parágrafo único,²⁸ apesar de não regulamentado em lei ordinária, e o art. 149, inciso VII, ambos do CTN,²⁹ devem ser observados como limite objetivo à atuação do Fisco. Inexistindo prova de dolo, fraude ou pacto simulatório na estruturação da *holding*, o negócio jurídico deve subsistir plenamente eficaz.

Não bastasse o propósito negocial e o teste de inexistência de atividade imobiliária preponderante em operações de integralização de imóvel que, conforme demonstrado, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, há relatos de Municípios que têm exigido a manutenção de receitas operacionais ativas no período de dois anos após a integralização como condição de eficácia da imunidade do ITBI.

Como fundamento, defendem que a inatividade da *holding* caracterizaria violação à função da imunidade tributária, uma vez que a conferência de imóvel a empresa inativa não implica estímulo à atividade empresarial.

Tal interpretação é pautada em disposição normativa inexistente que prescreveria a perda de imunidade por inatividade da empresa. Conforme já destacado, a livre iniciativa se

28. “art. 116. [...] parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

29. CTN. “Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: [...] VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.”

sobrepõe como baliza interpretativa.³⁰ Deste modo, ainda que o art. 37, *caput*, do CTN tivesse sido recepcionado pela Carta de 1988, não está ali exigido, entre os requisitos de eficácia da norma imunizante, o exercício ativo de atividade empresarial pela *holding*. Assim, não pode o Município buscar interpretação ampliada das condições de imunidade.

O STF e de parte significativa dos Tribunais de Justiça já se pronunciou nesse sentido, conforme demonstra o excerto a seguir:

*[...] não se pode presumir que a inatividade tenha, por si só, o objetivo de fugir ao pagamento do imposto, haja vista que a ausência de atividade pode ocorrer por diversos fatores econômicos, não se podendo usar de mera presunção de ilicitude para afastar o benefício fiscal previsto na Constituição, bem como no Código Tributário Nacional e em lei municipal. Em nenhum momento a norma municipal determina o pagamento do ITBI quando a empresa se encontra inativa. [...].*³¹⁻³²

A ausência de atividade e receitas operacionais pode ocorrer em razão de diversos fatores econômicos não relacionados a ilicitudes – como é o caso de uma *holding* rural, cuja função social, como já mencionado, é organizar o patrimônio e evitar conflitos sucessórios entre herdeiros (propósito negocial).

O objeto social da *holding* consiste, em sua essência, em participar de outras sociedades (art. 2º, §3º da Lei 6.404/76)³³. Como

30. Paulo Aires Barreto destaca que “a norma geral antielisiva briga com a estrutura do sistema constitucional tributário brasileiro, destrói sua consistência interna.” (BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*. São Paulo: USP 2008, p. 210).

31. BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, ARE 1028657/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado em 07/03/2017, destaques nossos. No mesmo sentido: TJ/SP, Apelação/Remessa Necessária 1022171-53.2018.8.26.0114, Rel. Des. Kleber Leyser de Aquino, 14ª Câmara de Direito Público, julgado em 23/07/2020; TJ/RJ, Apelação nº 0407373-92.2012.8.19.0001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Denise Nicoll, Simões, julgado em 17/07/2020, destaques nossos.

32. Em sentido contrário: TJ/MG, Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.016885-8/001, Re. Des. Gilson Soares Lemes, 8ª Câmara Cível, julgado em 04/10/2018; TJ/GO, Apelação nº 0258163-53.2013.8.09.0051, Rel. Des. Carlos Hipolito Escher, 4ª Câmara Cível, julgado em 19/06/2020.

33. “A holding familiar facilita a sucessão hereditária e a administração dos bens, garantindo a continuidade sucessória sem necessidade de se aguardar a demorada

instrumento de planejamento sucessório, a *holding* tem como objetivo organizar e administrar bens próprios, móveis ou imóveis³⁴.

Uma vez realizada a integralização do capital da *holding*, a pessoa física deixa de ser proprietária do bem – que passa a pertencer à pessoa jurídica – e torna-se proprietária de cotas da referida sociedade. Tal operação, conforme já analisado, sujeita-se à regra de imunidade incondicionada, dedicada ao tratamento da integralização de bens ao capital da sociedade, exceto no caso de o valor do imóvel ser superior ao capital social da empresa, em relação ao montante excedente³⁵.

Em razão do caráter passivo da *holding*, inerente à sua função de longo prazo, é comum que fiscos municipais queiram afastar a imunidade em operações de integralização de ativos em sociedades dessa natureza. Isso se vê principalmente quando a *holding* tem atividade preponderantemente imobiliária, em razão do entendimento das autoridades fiscais municipais de que a imunidade é, também nesse caso, condicionada ao teste de preponderância.

Sendo a constituição de *holdings*, conforme demonstrado, dotada de efetivo e evidente propósito negocial, *e.g.* organizar a sucessão patrimonial e inexistindo vedação à integralização de imóveis em empresas passivas ou não operacionais no contexto da imunidade do ITBI, não existe nenhum critério jurídico que permita o afastamento puro e simples da regra imunizante em virtude da natureza da *holding*. Mais do que isso, o afastamento da imunidade viola regra de não incidência incondicionada, tal como demonstrado no tópico anterior. Diante disso, conclui-se que a estruturação de *holdings* rurais

tramitação do processo de inventário. Nada impede que o contrato social preveja o não ingresso de cônjuges, companheiros ou certa classe de herdeiros nos quadros sociais, dado o aspecto pessoal das cotas sociais.” (DINIZ, Maria Helena. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 392).

34. ARAUJO, Dayane de Almeida. *Planejamento Tributário aplicado aos Instrumentos Sucessórios*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 105.

35. Após a novel interpretação do STF (Tema 796).

é plenamente aderente às regras de imunidade previstas na Constituição de 1988.

3.2 Incorporação, fusão, cisão e extinção de *holdings* rurais

O art. 37, §4º do CTN dispõe que a verificação da preponderância da atividade (imobiliária ou não imobiliária) pelo adquirente do imóvel em operações societárias não se aplica quando a transmissão ocorrer junto com a totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.³⁶

Não obstante, nos termos do art. 156, §2º, inciso I da CF/88,³⁷ a regra de imunidade aplicável às operações de incorporação, fusão, cisão e extinção de sociedade, é condicionada à inexistência de atividade imobiliária. Verifica-se, portanto, a não recepção do mencionado dispositivo do CTN pela Constituição de 1988.³⁸

Feito tal esclarecimento, cumpre destacar que a preponderância da atividade imobiliária ocorre quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da empresa decorre de (i) venda ou locação de propriedade imobiliária; ou (ii) cessão de direitos relativos à sua aquisição. Esta verificação deve feita em relação às demonstrações financeiras da sociedade, nos termos do art. 37, §§ 1º e 2º do CTN, (i) nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à data de registro de aquisição do imóvel; ou (ii) nos 3 (três) anos subsequentes à data de registro de aquisição do imóvel, quando a pessoa

36. “Art. 37 [...] § 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.”

37. Ao contrário das operações de transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, conforme esclarecido no item 3.1.

38. Nesse sentido, vide: TJ/SP, Apelação Cível nº 1001515-17.2018.8.26.0586, Rel. Min. Burza Neto, 18ª Câmara de Direito Público, julgado em 20/08/2020; TJ/SP, Apelação Cível nº 1003113-56.2019.8.26.0073; Rel. Des. Kleber Leyser de Aquino, 14ª Câmara de Direito Público, julgado em 13/08/2020.

jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição ou menos de 2 (dois) anos antes da operação que levou à aquisição.

Na hipótese de uma sociedade ter como atividades (i) investimento em outras sociedades e (ii) receitas de atividades imobiliárias, entende-se que os dividendos distribuídos pela sociedade investida, desde que transitem pela conta de resultados da controladora,³⁹ devem ser considerados na avaliação de preponderância. Assim, se houver mais receitas oriundas de dividendos da participação em outras sociedades (não imobiliárias)⁴⁰ do que receitas de atividades imobiliárias obtidas no nível da *holding*, restará afastada a preponderância.

Por outro lado, verificada a preponderância de atividade imobiliária pelo adquirente nos períodos acima demonstrados, haverá incidência retroativa de ITBI com exigência de multa de mora e juros desde a data da operação. A multa punitiva condiciona-se à comprovação de que o contribuinte beneficiado pela hipótese de não incidência agiu com dolo, fraude ou simulação.

3.3 Incorporação de subsidiária integral imobiliária pela *holding* rural

Apesar da literalidade da regra que condiciona a imunidade do ITBI na incorporação à não verificação da preponderância de atividade imobiliária na empresa resultante, uma hipótese em particular não pode passar imune à análise crítica. Trata-se da hipótese de incorporação societária de subsidiária integral⁴¹ dedicada à atividade imobiliária.

39. Nos termos do art. 415 do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018 (“Regulamento do Imposto de Renda 2018”) e não pelo método da equivalência patrimonial.

40. Tais ingressos, em função do objeto social da *holding*, qual seja, a participação em outras entidades, devem ser compreendidos como receita bruta, nos termos do art. 12, inciso IV do Decreto Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, *in verbis*: “Art. 12. A receita bruta compreende: [...] IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.” (redação incluída pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014).

41. Nos termos do art. 251, *caput*, da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, aquela companhia que tem como único acionista sociedade brasileira.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Nessa situação de fato, ainda que haja atividade imobiliária preponderante na sociedade resultante, inexistente efetiva transmissão onerosa de propriedade entre sujeitos de direito. Assim, por mais que se possa buscar hipótese de incidência “nas aberturas” deixadas pela norma imunizante dedicada à incorporação, inexistente suporte fático material que permita a incidência do ITBI.

Dedicando-se a monografia sobre o assunto, Camila Gonçalves Soares afirmou que:

Quando a transmissão representa mera alteração no registro imobiliário ou operação societária sem repercussão onerosa, como é o caso da incorporação pela *holding* da subsidiária integral, resta prejudicada a incidência do ITBI por ausência de onerosidade na transação, requisito para sua configuração.⁴²

A regra imunizante não pode, neste caso, ser aplicada de forma literal e irrefletida. Para que a imunidade tributária se torne objeto a ser interpretado pelo aplicador do Direito é necessário que a incidência seja, pelo menos, potencialmente verificada. Inexistindo critério material para incidência do imposto, a análise de cabimento da norma imunizante deve ser interrompida.

No caso, o fato jurídico em análise – a incorporação de patrimônio de subsidiária integral – carece do elemento “transmissão onerosa entre agentes” para que possa se sujeitar à incidência do ITBI. Portanto, sequer se há de apreciar as regras específicas orientadoras da não incidência dedicadas especificamente à operação de incorporação. O imposto simplesmente não incide.

42. GONÇALVES, Camila Soares. *A incidência do ITBI em caso de incorporação societária*. Hoje em Dia, 28/11/2007. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/blogs/direito-hoje-1.335788/a-incid%C3%A2ncia-do-itbi-em-caso-de-incorpora%C3%A7%C3%A3o-societ%C3%A1ria-1.577175#:~:text=Quando%20a%20transmiss%C3%A3o%20representa%20mera,transa%C3%A7%C3%A3o%2C%20requisito%20para%20sua%20configura%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

3.4 Operações com Fundos de Investimento

A depender do patrimônio a ser vertido à *holding* rural e do nível de sofisticação de seus instituidores, é comum se lançar mão da constituição Fundos de Investimentos Imobiliários (FII) ou de Fundos de Investimentos em Participações (FIP) ao se estruturar as entidades controladoras de terras rurais.

Em virtude da pertinência temática, passa-se a analisar as consequências da utilização dos primeiros em substituição à mera sociedade *holding*.

Os FIIs foram instituídos pela Lei 8.668, de 25 de julho de 1993, para viabilizar a utilização da propriedade imobiliária como objeto de investimento. Trata-se de entidades sem personalidade jurídica o que levou a, em vista da impossibilidade material de registro imobiliário para entidade com tal característica à luz da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), ter-se deixado a cargo da instituição administradora dos fundos o registro da aquisição de bens imóveis, em caráter fiduciário. A administradora forma e administra o patrimônio do fundo, em proveito dos cotistas.

Em análise perfunctória, verifica-se que a constituição de propriedade fiduciária não caracteriza acréscimo de patrimônio à administradora. Tal ato jurídico apenas instrumentaliza a separação entre o patrimônio do fundo e o patrimônio da administradora, não havendo fato gerador de ITBI nesta hipótese.

Por aplicação lógica deste entendimento, o art. 11, §4º da Lei 8.668, de 25 de junho de 1993 determina que, quando há renúncia da instituição administradora à administração do fundo, a sucessão da propriedade fiduciária de imóvel integrante do patrimônio do fundo por outra administradora também não constitui transferência de propriedade. Evidentemente, tal hipótese tampouco se sujeita à incidência do ITBI.

A transmissão de imóveis ao patrimônio do Fundo pela operação de compra de terceiros, por outro lado, sujeita-se à incidência de ITBI.

A integralização de imóvel no ato de subscrição de cotas do fundo, por sua vez, deve ser objeto de reflexão mais aprofundada, em virtude de sua similitude com a operação de integralização societária detalhada acima.

No entendimento de fiscos municipais, com destaque para o Município de São Paulo, tal operação também deve se sujeitar à incidência do ITBI.⁴³ Para o Fisco paulistano, a incidência somente seria afastada caso não caracterizada a preponderância de atividade imobiliária, o que é virtualmente impossível dada a natureza específica do FII.

Este entendimento, no entanto, decorre de leitura equivocada da imunidade do ITBI relativamente às operações de integralização de capital que, conforme demonstrado no item 3.1, é incondicionada. Assim, é plenamente defensável que a transferência de imóveis para a subscrição de cotas de fundo de investimento é alcançada pela imunidade incondicionada do ITBI, contida na primeira parte do art. 156, §2º, I da Constituição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição de uma empresa *holding* rural exige amplas reflexões e cálculos por parte de seus instituidores, tendo em vista a amplitude e complexidade das normas aplicáveis, como o presente artigo tentou demonstrar.

A incidência do ITBI não se dá a partir de normas certas e objetivas principalmente em virtude de três fatores: (i) incompatibilidade parcial das disposições do CTN atinentes ao “imposto de transmissão”, que não se confunde com o ITBI, com a Constituição de 1988; (ii) ausência de sistematização da legislação; e (iii) caráter sintético das previsões legais relacionadas à imunidade tributária do imposto.

Em vista desse estado de coisas, os Municípios em que se localizam os imóveis a serem integralizados nas *holdings*

43. BRASIL. Município de São Paulo: Solução de Consulta SF/DEJUG nº 24, de 11 de novembro de 2016.

utilizam-se, muitas vezes, de normas não recepcionadas pela CF/88 para exigir o ITBI em operações societárias.

O STF tem papel de extrema relevância na definição da norma resultante de todos esses dispositivos normativos. Entretanto, pecou ao definir o Tema nº 796 (Recurso Extraordinário nº 796.376) por ter escolhido abordagem que não tem efetiva repercussão geral (excesso de valor integralizado em relação ao preço do imóvel) e, principalmente, por ter analisado apenas na forma de *obter dictum* o verdadeiro alcance do inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição de 1988.

As principais dúvidas em torno da matéria continuam sendo relevante fator de insegurança jurídica. A sistematização aqui proposta visa ao aperfeiçoamento da compreensão geral sobre essas questões, visando a, na medida do possível, incrementar a certeza do direito aplicável à atividade empresarial rural.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Dayane de Almeida. *Planejamento Tributário aplicado aos Instrumentos Sucessórios*. São Paulo: Almedina, 2018.

BALEEIRO, Aliomar, *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 11 ed., 2003.

BARRETO, Paulo Ayres. *Os 50 anos do CTN e a quádrupla refutação à ampliação dos poderes das autoridades para desconsiderar negócios jurídicos*, in. Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo. São Paulo: AASP, v. 36, n. 132. 2016, pp. 81-90.

_____. *Elisão tributária: limites normativos*. São Paulo: USP. 2008.

BUTZER, Renato Barichello; SILVA FILHO, Emanuel Lima da. Aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil. In: ZANCHIM, Kleber (coord.). *Direito empresarial e agronegócio*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 39-48.

TEXTO E CONTEXTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direito tributário linguagem e método*. 5^a ed. São Paulo: Noeses, 2013.

GONÇALVES, Camila Soares. A incidência do ITBI em caso de incorporação societária. *Hoje em Dia*, 28/11/2007. Disponível em: <<https://www. hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/blogs/direito-hoje-1.335788/a-incid%C3%Aancia-do-itbi-em-caso-de-incorpora%C3%A7%C3%A3o=-societ%C3%A1ria-1-577175.#:~:text=Quando%20a%20transmiss%C3%A3o%20representa%20mera,transa%C3%A7%C3%A3o%20requisito%20para%20sua%20configura%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 2^a ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HARADA, Kiyoshi. *ITBI: Doutrina e Prática*. 2. Ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MOSQUEIRA, Pedro Augusto de Almeida. *Análise da lei indica que ITBI possui alíquota máxima de 2%*. São Paulo: Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320969/analise-da-lei-indica-que-itbi-possui-aliquota-maxima-de-2>>. Acesso em: 27 ago.2020.

SCHLÜTER, Wilfried. *Das obiter dictum*. München: C.H. Beck, 1973.