

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

**ESTUDO SOBRE AS EMPRESAS *HOLDING* E A POSSIBILIDADE DE
UTILIZAÇÃO DESTAS COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO
SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA
MORTIS E DOAÇÃO - ITCMD**

João Gabriel Montovani Pereira

Presidente Prudente/SP
2023

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

**ESTUDO SOBRE AS EMPRESAS *HOLDING* E A POSSIBILIDADE DE
UTILIZAÇÃO DESTAS COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO
SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA
MORTIS E DOAÇÃO - ITCMD**

João Gabriel Montovani Pereira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor José Maria Zanuto.

Presidente Prudente/SP
2023

**ESTUDO SOBRE AS EMPRESAS *HOLDING* E A POSSIBILIDADE DE
UTILIZAÇÃO DESTAS COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO
SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO NO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA
MORTIS E DOAÇÃO - ITCMD**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

José Maria Zanuto

Lucas Pires Maciel

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro

Presidente Prudente, **20 de junho de 2023**

*A todos que, de alguma forma, participaram
dessa desafiadora e gratificante caminhada.*

*“Aqueles que passam por nós, não vão sós,
não nos deixam sós. Deixam um pouco de si,
levam um pouco de nós”.*

(Antoine de Saint-Exupéry)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, pelo dom da vida e pelo milagre de cada manhã. Por até aqui ter me ajudado. Que a cada dia eu possa ter sabedoria para fazer bom uso das infinitas bênçãos que o Senhor deposita na minha vida.

A minha mãe, pelo exemplo diário de amor, em sua mais pura forma.

Ao meu pai, pelo exemplo de honra, trabalho e temor a Deus, além de toda a ajuda durante a elaboração desse trabalho.

Espero corresponder ao menos a uma pequena parcela de tudo aquilo que me ensinam diariamente.

Aos meus irmãos, amigos e companheira, por fazerem de cada dia uma nova e única experiência, por aliviar cada dia de batalha e por tornar cada dia de alegria ainda mais especial.

Aos demais familiares que me apoiaram, pela participação de cada um nessa jornada de desafios e superações.

Aos meus sobrinhos, por trazerem a ressignificação da esperança, tornando possível a fé em dias melhores.

Ao meu mestre e orientador, professor José Maria Zanuto, por toda a paciência, confiança e pelo brilhante auxílio durante a elaboração desse trabalho.

Aos demais professores, por cada ensinamento, e por exercerem com maestria a mais nobre das profissões.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma, ainda que indiretamente, fizeram parte dessa trajetória.

Que Deus abençoe a vida de cada um de vocês.

Atenciosamente, João Gabriel.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar as principais questões a respeito das empresas *holding* quando inseridas no contexto do planejamento sucessório, bem como, abordar as possibilidades de utilização destas para fins de evasão do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD. A metodologia de pesquisa adotada foi a bibliográfica, por meio da análise de documentos, legislação, jurisprudência e doutrinas diversas. A princípio, são abordadas questões conceituais acerca da *holding*, bem como, as vantagens e desvantagens desta ao planejamento sucessório. Em segundo momento, são apresentados os critérios do ITCMD à luz da Regra Matriz de Incidência Tributária, bem como, a relação destes com a transmissão das empresas *holding*. Na sequência, passa-se a um estudo das principais formas de utilização da *holding* como forma de evasão fiscal. O estudo se encerra com uma análise comparativa entre a base de cálculo do ITCMD no Estado de São Paulo e aquelas adotadas pelas legislações de outros estados brasileiros.

Palavras-Chave: Direito Tributário. *Holding*. ITCMD. Planejamento Sucessório. Evasão Fiscal.

ABSTRACT

This paper aims to present the main relevant issues regarding holding companies when inserted in the context of succession planning, as well as the possibilities of using them for the purpose of evading the Inheritance and Gift Tax (ITCMD). The adopted research methodology was bibliographic, through the analysis of various documents, legislation, case law, and doctrines. Initially, conceptual issues about holding companies are addressed, as well as the advantages and disadvantages of using them in succession planning. In a second stage, the ITCMD criteria are presented in light of the Tax Incidence Matrix Rule, as well as their relation to the transfer of holding companies. Subsequently, a study is conducted on the main forms of using holding companies as a means of tax evasion. The study concludes with a comparative analysis between the ITCMD tax base in the State of São Paulo and those adopted by the legislation of other Brazilian States.

Keywords: Tax Law. Holding company. ITCMD. Succession planning. Tax evasion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA HOLDING	12
2.1 Breve Contextualização Acerca da <i> Holding </i>	12
2.2 A <i> Holding </i> Como Sociedade Empresarial.....	14
2.3 A Sociedade <i> Holding </i> e o Planejamento Sucessório.....	15
2.4 Análise da Viabilidade da Utilização da <i> Holding </i> Para o Planejamento Sucessório e Tributário.....	18
2.4.1 Vantagens oferecidas pela <i> holding </i> ao planejamento sucessório e tributário.....	18
2.4.2 Desvantagens da <i> holding </i> como forma de planejamento sucessório.....	24
3 DOS TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A TRANSMISSÃO DE PATRIMÔNIO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO	28
3.1 O ITCMD No Estado de São Paulo.....	28
3.2 Possibilidade De Conflito Entre o ITCMD e o Imposto de Renda (IR).....	29
4 CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PARA A INCIDÊNCIA DO ITCMD NA TRANSMISSÃO DA HOLDING VIA CAUSA MORTIS OU DOAÇÃO	35
4.1 Na Proposição Antecedente.....	36
4.1.1 Critério material.....	36
4.1.1.1 O critério material do ITCMD na transmissão da <i> holding </i>	39
4.1.2 Critério espacial.....	39
4.1.2.1 Critério espacial do ITCMD na transmissão da <i> holding </i>	41
4.1.2.2 A (não) incidência do ITCMD nos casos de conexão com o exterior.....	42
4.1.3 Critério temporal.....	46
4.1.3.1 Critério temporal do ITCMD na transmissão da <i> holding </i>	49
4.2 Na Proposição Consequente.....	50
4.2.1 Critério subjetivo (ou pessoal).....	51
4.2.1.1 Sujeito ativo.....	51
4.2.1.2 Sujeito passivo.....	53
4.2.2 Critério quantitativo.....	54
4.2.2.1 Base de cálculo.....	55
4.2.2.1.1 Controvérsia a respeito da base de cálculo do ITCMD.....	59
4.2.2.2 Alíquota.....	64
4.2.2.2.1 Comparação da alíquota do imposto paulista sobre transmissão <i> causa mortis </i> e doação com os demais Estados da Federação.....	66
5 HIPÓTESES DE ISENÇÃO	71
5.1 Hipótese de Isenção do ITCMD na Transmissão da <i> Holding </i>	71
6 DAS FORMAS POSSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO DA HOLDING COM A FINALIDADE DE ELISÃO OU EVASÃO FISCAL	73
6.1 Elisão x Evasão x Elusão Fiscal.....	73
6.2 Possibilidade de Evasão Fiscal em Razão da Ausência de Propósito Negocial nas Operações da <i> Holding </i>	76
6.3 Possibilidade de Evasão Fiscal Por Meio da Subavaliação das Quotas Sociais da <i> Holding </i>	81

6.3.1 Fatores que compõem a avaliação das quotas sociais da <i>holding</i>	83
6.3.2 Reflexo da subavaliação do patrimônio líquido da <i>holding</i> na base de cálculo do ITCMD.....	85
7 COMPARATIVO ENTRE O PROCEDIMENTO PAULISTA PARA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E O DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO.....	89
8 CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, composta por oito capítulos, somando a introdução e a conclusão, buscou tratar dos principais temas a respeito das empresas *holding* no contexto familiar, como instrumento do planejamento sucessório e tributário, abordando, ainda, as possíveis utilizações desta como meio de evasão fiscal do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD no Estado de São Paulo.

Recentemente, as empresas *holding* tem ganhado cada vez mais espaço e notoriedade dentro do contexto do planejamento familiar sucessório e tributário. Isso porque, sua constituição pode trazer diversos benefícios à gestão dos negócios por uma mesma família, sejam esses benefícios de ordem administrativa, patrimonial ou fiscal.

Ocorre que, nem sempre a constituição da *holding* representa apenas benefícios dentro desse contexto de planejamento familiar, de modo que sua constituição pode acarretar prejuízos e, até mesmo, hipóteses de ilícitos tributários, como é o caso da evasão fiscal.

Assim, diversas questões são enfrentadas nos dias atuais, seja nas legislações federal e estadual ou pelos órgãos administrativos e judiciários, em busca de solucionar as principais controvérsias a respeito da tributação da transmissão das empresas *holding* por meio da *causa mortis* ou da doação pelo ITCMD.

Este estudo, portanto, visou agrupar as principais discussões sobre o tema mencionado, apresentando o cerne das controvérsias existentes, bem como, os entendimentos que se destacam de um lado e de outro, com a intenção de apresentar ao leitor uma visão panorâmica de cada questão debatida.

Trata-se de uma pesquisa descritiva, tendo como principal objetivo o aprimoramento no conhecimento do tema proposto, utilizando-se de análises documentais. Quanto ao procedimento utilizado, a pesquisa é considerada bibliográfica, sendo desenvolvida através do levantamento e análise de material teórico e documental já existente. No presente trabalho essas referências foram extraídas principalmente da própria legislação, dissertações, teses e doutrinas diversas sendo assim, em sua essência, teórico.

O capítulo segundo tratou de maneira específica das empresas *holding*, contextualizando a respeito da origem desta no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, apresentado as suas diferentes classificações e os principais tipos societários

adotados por esta para fins do planejamento sucessório e tributário no contexto familiar.

Na sequência, foram abordadas questões acerca da utilização da *holding* para fins de planejamento sucessório e tributário, sendo feito um estudo da viabilidade destas para as finalidades previstas no planejamento, passando pelas possíveis vantagens e desvantagens oferecidas por esta.

A seguir, o capítulo terceiro apresentou os tributos incidentes sobre a transmissão de patrimônio pela *causa mortis* e doação no contexto do Estado de São Paulo, sendo apresentada a Lei 10.705/2000 (Lei do ITCMD), bem como, esclarecida a controvérsia a respeito da possibilidade de conflito entre o ITCMD e o Imposto de Renda – IR na legislação paulista.

Passando ao quarto capítulo, este tratou de maneira aprofundada do ITCMD paulista, classificando os critérios de incidência do referido imposto à luz da Regra Matriz de Incidência Tributária, dividindo-os em: critérios da proposição antecedente, sendo eles os critérios material, espacial e temporal, bem como; critérios da proposição consequente, sendo eles os critérios pessoal/subjetivo e quantitativo. Foi analisada, ainda, a relação de cada um dos critérios de incidência do ITCMD com transmissão da empresa *holding* via *causa mortis* ou doação.

O capítulo seguinte teceu considerações a respeito das hipóteses de isenção previstas na legislação do ITCMD, esclarecendo a respeito daquela que pode vir a ser utilizada a fim de isentar o contribuinte do pagamento do imposto nos casos de transmissão da *holding* pela *causa mortis* ou pela doação, desde que respeitado o valor máximo previsto em lei.

Na sequência, o sexto capítulo abordou as principais hipóteses de utilização da *holding* como instrumento de evasão fiscal. Em seu conteúdo, foram diferenciados os conceitos a respeito da elisão, evasão e elusão fiscal, bem como, tratou-se das possibilidades de evasão por meio da ausência de interesse negocial nas operações praticadas pela *holding*, bem como, por meio da subavaliação das quotas sociais desta, como resultado da subavaliação do patrimônio líquido da empresa, com influência direta na base de cálculo do ITCMD, ocasionando o recolhimento a menor do imposto e a caracterização da evasão fiscal.

No capítulo sétimo, foi proposta uma análise comparativa entre o procedimento para apuração da base de cálculo do ITCMD adotado pela legislação paulista e o adotado em outros Estados da federação, com o intuito de apresentar

diferentes pontos de vista, bem como, de trazer sugestões de atualização da legislação do Estado de São Paulo.

Por fim, encerrou-se o trabalho com o capítulo oitavo, dispondo sobre a conclusão das discussões expostas e trabalhadas.

Trata-se de um tema de grande relevância dentro do campo de estudos do direito tributário, em especial no contexto do ITCMD no Estado de São Paulo. Isso porque apresenta e enfrenta questões que são debatidas no dia a dia da prática jurídica tributária, seja por meio de questionamentos apresentados aos membros da advocacia ou de conflitos a serem dirimidos pelo poder judiciário.

2 DA HOLDING

Iniciando, de fato, o objeto propriamente dito do presente estudo, serão estabelecidas, nos tópicos que seguem, considerações relevantes em busca do esclarecimento de pontos como: o que é a *holding*? Quais as formas das quais esta se reveste? (em especial a sua modalidade empresarial), além das principais vantagens e desvantagens da sua adoção para o planejamento sucessório e tributário.

2.1 Breve Contextualização Acerca da *Holding*

Sumariamente, em busca de uma melhor compreensão do teor da presente pesquisa, é de vital importância que sejam definidas algumas bases, a título de noções propedêuticas, daquela que se faz a principal personagem da questão aqui abordada, a empresa *holding*.

A origem da *holding* no ordenamento jurídico brasileiro se deu por meio da Lei 6.404/76, denominada Lei das Sociedades por Ações, que em seu artigo 2º, parágrafo 3º dispõe:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades;** ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais. (*grifei*)

Nesse sentido, a *holding* se apresenta, em sua definição legal, como uma modalidade empresarial, a qual tem como atividade que a define a participação em outras sociedades.

Contudo, com o passar do tempo e o desenvolvimento dessa modalidade empresarial, o conceito de *holding* foi se aprimorando, e passou a ter um alcance mais amplo do que o trazido pelo texto legal.

Acerca do tema, conceituam Mamede, G. e Mamede, E. C. (2018, p. 27):

To *hold*, em inglês, traduz-se por *segurar, deter, sustentar*, entre ideias afins. *Holding* traduz-se não apenas como ato de *segurar, deter etc.*, mas como *domínio*. A expressão *holding company*, ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos

financeiros etc. [...] **Holding (ou holding company) é uma sociedade que detém participação societária em outra ou de outras sociedades, tenha sido constituída exclusivamente para isso (sociedade de participação), ou não (holding mista). (grifei)**

Portanto, conforme retratado pelos autores, o conceito de *holding* pode ser entendido – como a tradução do próprio nome sugere – no sentido de uma empresa que visa agrupar, ou seja, trazer para o ativo daquela pessoa jurídica os bens de qualquer natureza que representem um determinado patrimônio, sejam eles móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis.

Firmadas tais considerações a respeito do conceito de *holding*, outra questão interessante a ser pontuada é a ampla gama de variações que as empresas dessa natureza podem apresentar, atendendo aos diferentes interesses daqueles que a constituem.

Em síntese, a empresa *holding* pode ser: (1) Pura; (2) de Controle; (3) de Participação; (4) de Administração; (5) Mista ou; (6) Patrimonial. Cada uma dessas modalidades atenderá de maneira adequada a uma função específica, devendo o administrador buscar aquela que melhor alcançará a meta pretendida.

Sobre o tema, Mamede, G. e Mamede, E. C. (2018, p. 30):

Holding pura: sociedade constituída com o objetivo exclusivo de ser titular de quotas ou ações de outra ou outras sociedades. É também chamada de sociedade de participação.

Holding de controle: sociedade de participação constituída para deter o controle societário de outra ou de outras sociedades.

Holding de participação: sociedade de participação constituída para deter participações societárias, sem ter o objetivo de controlar outras sociedades.

Holding de administração: sociedade de participação constituída para centralizar a administração de outras sociedades, definindo planos, orientações, metas etc.

Holding mista: sociedade cujo objeto social é a realização de determinada atividade produtiva, mas que detém participação societária relevante em outra ou outras sociedades.

Holding patrimonial: sociedade constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio. É também chamada de sociedade patrimonial.

Holding imobiliária: tipo específico de sociedade patrimonial, constituída com o objetivo de ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação. (grifei)

Estabelecida a divisão supra, convém esclarecer que o objeto do presente estudo diz respeito unicamente a uma das espécies acima, qual seja a *holding patrimonial*, tendo em vista ser essa modalidade aquela comumente adotada para a elaboração do planejamento sucessório, uma vez que permite a concentração

do patrimônio de uma mesma família em sua propriedade, de modo a “transformar” esse patrimônio em quotas sociais, atendendo aos interesses do planejamento.

Por fim, convém afastar alguns equívocos que não raramente são vistos em se tratando desse tema. Um dos enganos mais comuns quando o assunto são as diferentes modalidades da *holding* diz respeito ao termo “*holding familiar*”. É frequente que essa nomenclatura seja empregada – de maneira equivocada – para se referir à modalidade, dentro da classificação apresentada acima, adotada por determinada família ao constituir uma empresa de tal natureza.

A referida expressão, contudo, quando utilizada nesse contexto, é tecnicamente incorreta, uma vez que o termo “*holding familiar*” se refere à elementos subjetivos e funcionais de tal empresa. Melhor elucidando, diz respeito tanto a quem são os sujeitos titulares daquele patrimônio, sendo estes os membros de uma mesma organização familiar, bem como, à função almejada pela constituição da empresa, qual seja a de administrar o patrimônio destes.

Nesse sentido, valem as lições de Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 30-31):

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

Assim, conforme esclarecem os autores, temos que o termo “*holding familiar*” é corretamente utilizado quando se refere ao contexto no qual a empresa é constituída, e não à modalidade por meio da qual essa constituição se dá.

2.2 A *Holding* Como Sociedade Empresarial

Firmadas as noções iniciais da *holding*, abordaremos a sua constituição, mais especificamente, sua caracterização como empresa. Nesse sentido, a presente análise alcança, por meio de um passeio pelo direito empresarial, quais são os tipos societários por meio do qual essas empresas comumente são constituídas.

A princípio, em se tratando a *holding* de uma sociedade, deve ser estabelecida a premissa de que esta não se vincula diretamente a um ou outro tipo

societário, podendo se revestir de, em regra, qualquer um deles, a depender do objetivo e função que aquele que a constitui deseja alcançar.

A esse respeito, Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 125):

Como visto nos capítulos inaugurais, não corresponde à holding um tipo específico de sociedade, nem uma natureza específica, observação essa que alcança as holdings familiares. Portanto, a holding familiar é caracterizada essencialmente pela sua função, pelo seu objetivo, e não pela natureza jurídica ou pelo tipo societário. Pode ser uma sociedade contratual ou estatutária, pode ser uma sociedade simples ou empresária. Ademais, pode adotar todas as formas (ou tipos) de sociedades estudadas no Capítulo 1: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações. Só não poderá ser uma sociedade cooperativa, já que esse tipo societário atende às características essenciais do movimento cooperativo mundial, não se compatibilizando com a ideia de uma holding familiar.

Portanto, tendo como base as lições apresentadas acima pelos autores, observamos que, parte do trabalho daquele que deseja constituir uma *holding* passa pela escolha do elemento que será essencial para a estrutura empresarial da sociedade, sendo ele o tipo societário por meio do qual esta será constituída.

Tal opção, em um planejamento de qualidade, levará em consideração as consequências acarretadas pela opção de uma forma em detrimento de outra, bem como, a utilidade que a opção escolhida terá para a sociedade de acordo com os objetivos e metas estabelecidos por esta.

Em outras palavras, no contexto de um planejamento efetivo, devem ser buscados, dentre aqueles que oferecidos pelo direito empresarial, os tipos societários que melhor atendem aos interesses e objetivos daquela *holding* específica.

2.3 A Sociedade *Holding* e o Planejamento Sucessório

Tecidas as devidas considerações a respeito da holding como sociedade empresarial, fundamental se faz estabelecer a conexão desse aspecto com o planejamento sucessório, apresentando quais seriam os caminhos ideais a serem seguidos para que a construção/constituição da *holding* se dê de forma que atenda aos objetivos pretendidos pelo planejamento adotado.

Ao tratar dos tipos societários mais adequados para a constituição de uma *holding* que atenda aos objetivos do planejamento sucessório, leciona Longo *et al* (2011, p. 222):

A holding pode tanto ser constituída sob a forma de sociedade limitada quanto sob a forma de sociedade por ações (S.A.), caracterizando importante ferramenta na organização patrimonial e no planejamento sucessório; é que, por um lado, permite a concentração da capacidade de investimento de uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, prestando-se basicamente a instrumento de controle societário e, por outro, promove a segregação de ativos ou atividades, podendo assim segmentar o patrimônio com regras específicas. *(grifei)*

Assim, nos termos das lições trazidas pelo autor acima, temos que dois são os principais tipos societários adotados para a constituição da *holding*, sendo eles: (1) a sociedade limitada e; (2) a sociedade por ações (ou sociedade anônima - S.A.).

Nesse sentido, ainda, convém esclarecer que cada um destes tipos societários prestará, de maneira específica, para objetivos e finalidades distintas, de acordo com as intenções e objetivos do planejamento preestabelecido.

Melhor elucidando, cada um dos tipos societários mencionados conta com características e qualidades específicas, atendendo com maior ou menor adequação a um ou outro planejamento.

Partindo para a análise da *holding* estabelecida na forma de sociedade limitada, nas lições de Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 130):

Sociedade limitada. Trata-se de um dos tipos mais utilizados para a constituição de holdings, podendo ser simples ou empresária. Essa ampla utilização tem razão óbvia: a responsabilidade de cada sócio pelas obrigações da sociedade é restrita à integralização do capital social. Como na holding essa integralização se faz com a constituição, por meio de participações societárias e outros bens, não haverá mais falar em responsabilidade pessoal. A proteção legal à alienação de quotas é mais frágil do que nas demais sociedades contratuais, já que as quotas podem ser livremente cedidas de um sócio para outro, alterando um eventual equilíbrio das participações societárias, da mesma maneira que a cessão para terceiros estranhos é facilitada: basta a anuência de 75% do capital social. De qualquer sorte, ambas as fragilidades podem ser corrigidas por meio de cláusulas dispostas no contrato social: a previsão da necessidade de aprovação unânime para a cessão de quotas, seja para sócios, seja para não sócios. Não se permite a integralização do capital por meio de prestação de serviços.

Conforme esclarecido pelos autores, a sociedade limitada representa um dos principais tipos societários por meio da qual as *holdings* são estabelecidas. Essa preferência se dá principalmente em razão da principal característica dessa modalidade, qual seja, a limitação da responsabilidade dos sócios.

Em outros termos, a constituição da *holding* na modalidade sociedade limitada traz consigo o atrativo estabelecido pelo artigo 1.052, do Código Civil¹.

Tal previsão é compatível com os interesses da *holding* dentro do planejamento sucessório. Isso porque, uma de suas principais características é a integralização do capital social ser feita, em regra, no momento da própria constituição da sociedade. A referida característica está relacionada com o próprio contexto do planejamento sucessório, que tem como objetivo inserir no ativo da empresa os bens de propriedade daquela família, utilizando a integralização do patrimônio como instrumento para tal.

Portanto, uma vez que esse capital estiver totalmente integralizado, a responsabilidade por eventuais dívidas ou obrigações ficarão restritas ao patrimônio da sociedade, deixando os sócios de responder de maneira pessoal.

Por outro lado, com relação à *holding* constituída na modalidade sociedade por ações, nas lições de Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 133):

A possibilidade de serem constituídas duas espécies diversas de ações, ordinárias e preferenciais, é também uma grande vantagem. A cada ação ordinária corresponde um voto nas deliberações da assembleia geral, embora o estatuto possa estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista. O estatuto pode deixar de conferir às ações preferenciais algum ou alguns dos direitos reconhecidos às ações ordinárias, inclusive o de voto, ou conferi-lo com restrições, desde que tal supressão ou restrição não atinja os direitos essenciais do acionista. Em oposição, os preferencialistas acessam, primeiro, os resultados do exercício. Isso permite acomodar os herdeiros, conforme sua maior ou menor afinidade e habilidade para os negócios, em classes diversas: deixar alguns com ações ordinárias, ocupando-se das deliberações sobre os negócios sociais, e deixar outros na condição de beneficiários preferenciais dos resultados da companhia.

Assim, conforme lecionam os autores, a sociedade por ações corresponderia a uma modalidade apta a conferir maior autonomia ao constituinte da *holding* no momento da gestão das ações.

Tal possibilidade representa um atrativo para o planejamento sucessório, em especial, quando se analisa a questão sob a ótica dos ascendentes, que terão maior liberdade para exercer o poder de gestão da sociedade, nomeando o(s) herdeiro(s) que se demonstrar(em) mais aptos para exercício das funções de

¹ Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

administração do patrimônio familiar em um momento futuro, evitando, assim, disputas e litígios entre os sucessores.

Portanto, conforme mencionado anteriormente, caberá ao responsável pela elaboração de um determinado planejamento sucessório optar pela constituição da *holding* seguindo o tipo societário que melhor lhe convier, analisando as características de cada um dos tipos oferecidos pelo direito empresarial e fazendo a opção por aquele que considerar mais adequado.

2.4 Análise da Viabilidade da Utilização da *Holding* Para o Planejamento Sucessório e Tributário

Superada a análise dos principais aspectos a respeito da formatação da *holding* no campo empresarial tendo em vista os objetivos do planejamento sucessório, passaremos a um estudo da viabilidade (ou não) desta para tais objetivos, o qual será feito por meio de um contraponto estabelecido entre as principais vantagens e desvantagens que a adoção da *holding* pode representar dentro do referido planejamento.

2.4.1 Vantagens oferecidas pela *holding* ao planejamento sucessório e tributário

Pode-se estabelecer como premissa que uma das principais funções do planejamento sucessório é garantir aos ascendentes um maior controle sobre o patrimônio que será transmitido, preparando, em vida, tanto a forma com que a sucessão será realizada quanto os herdeiros que receberão aquele patrimônio, evitando eventuais surpresas e disputas futuras entre estes.

Nesse sentido, lecionam Mamede, G. e Mamede, E. C. (2018, p. 118):

A constituição da *holding*, em oposição, viabiliza a antecipação de todo esse procedimento e pode, mesmo, evitar o estabelecimento de disputas, na medida em que permite que o processo de sucessão à frente da(s) empresa(s) seja conduzido pelo próprio empresário ou empresária, na sua condição de chefe e orientador da família, além de responsável direto pela atividade negocial. Isso permite que uma nova administração empresarial seja ensaiada e implementada, com a possibilidade, inclusive, de se perceber, em vida, que alguém de quem se esperava capacidade gerencial não a tem. Quando esse trabalho é bem conduzido, a nova estrutura organizacional assenta-se enquanto está viva a geração anterior. A morte causa apenas danos sentimentais e não danos patrimoniais. Já está definido que todos os herdeiros são sócios da *holding* e, assim, participam dos lucros

da(s) empresa(s), assim como já está definida a administração das atividades negociais, por herdeiros ou administração profissional [...].

Nesse sentido, conforme pode ser extraído das lições apresentadas pelos autores, a *holding* pode ser uma importante aliada do ascendente enquanto detentor do patrimônio e chefe de família na organização desse planejamento sucessório, garantindo que a sucessão ocorra de maneira organizada, seguindo o roteiro preestabelecido.

Uma segunda vantagem oferecida pela adoção da *holding* como instrumento do planejamento sucessório é a transmissão do patrimônio do ascendente aos descendentes por meio das quotas sociais desta, deixando de transmitir cada um dos bens que compõe o patrimônio de maneira individualizada e passando, assim, a transmitir a universalidade desse patrimônio aos herdeiros.

Melhor elucidando, a empresa *holding*, como forma de planejamento sucessório, garante uma particularidade aos bens que estão integralizados em seu capital social, de modo que todos os bens que compõem o ativo da empresa – sejam eles móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos – passarão a ser representados por meio de participações societárias da *holding*, estas classificadas no ordenamento como bens móveis, nos termos da redação do artigo 83, inciso III, do Código Civil².

Portanto, formada a *holding*, com a integralização de bens de uma determinada família, o patrimônio deixará de pertencer à pessoa física do ascendente, passando a pertencer a uma pessoa jurídica criada com essa finalidade, a de administrar o patrimônio.

Esse patrimônio, no entanto, será transmitido aos herdeiros na forma de quotas sociais da empresa, garantindo a cada um destes o seu quinhão da herança. Nesse caso, os herdeiros/sucessores tanto poderão ser sócios da *holding* desde a origem/constituição desta, como, ainda, as quotas sociais poderão ser transmitidas por meio de doação (feita em vida) ou de herança (*post mortem*).

Conforme esclarecem Mamede, G. e Mamede, E. C. (2018, p. 118):

Alguns instrumentos jurídicos podem ser utilizados para tanto. O primeiro deles, obviamente, é a constituição da sociedade holding, [...] Assim, o patrimônio da família, ou a parte eleita pelo interessado, já não mais pertencerá à pessoa natural, mas à pessoa física. A sucessão hereditária,

² Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:[...]

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

assim, se fará não nos bens ou na empresa ou na participação societária na(s) sociedade(s) operacionais, mas na participação societária na holding.

Valentin (2021, p. 110), com relação aos benefícios administrativos e tributários da *holding*, completa esse entendimento:

A estruturação patrimonial na forma de holding garante, ainda, maior dinamismo na gestão dos ativos, pois, tratando-se de uma empresa, a administração de seus bens está formalmente sujeita às regras negociais próprias das atividades mercantis, e não às rígidas e burocráticas normas do direito de família. Os títulos representativos do capital da holding são bens móveis 120 que possuem como característica um regramento jurídico menos rígido do que os bens imóveis. Há, ainda, ganhos de ordem tributária, tendo em vista a isenção existente na distribuição de lucros e dividendos. A exploração de atividade imobiliária (compra e venda de imóveis próprios e aluguel de imóveis próprios), por exemplo, costuma ter uma menor carga tributária quando explorada na forma de pessoa jurídica, se comparada à tributação como pessoa natural.

Ainda tratando dos possíveis benefícios que a *holding* pode trazer ao planejamento sucessório e tributário, deve ser mencionada uma terceira vantagem desta, qual seja a possibilidade de proteção do patrimônio contra terceiros por meio do estabelecimento, por parte do ascendente que a constitui, de cláusulas contratuais específicas no próprio ato de constituição da sociedade.

Nesse sentido dispõe Rosa (2023, p. 249) *apud* Tessari (2018, p. 9-26):

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

O planejamento sucessório permite aos ascendentes proteger o patrimônio que será transferido aos herdeiros por meio da inclusão, no contrato ou estatuto social, de cláusulas de proteção, inclusive vitalícias, quais sejam: cláusulas de incomunicabilidade, nos termos do art. 1.668, I, do Código Civil, pelo qual os bens com esse gravame não entrarão na comunhão, independente do regime de bens adotado no casamento; cláusula de inalienabilidade, de forma que os bens tornam-se indisponíveis, não sendo possível sua alienação a qualquer título; e cláusula de impenhorabilidade que evita que o bem com este gravame seja objeto de penhora e, assim, não responda por dívidas contraídas pelo sucessor.

Na mesma linha, tratam Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 119):

De outra face, o planejamento sucessório ainda permite aos pais proteger o patrimônio que será transferido aos filhos por meio de cláusulas de proteção (cláusulas restritivas). Assim, para evitar problemas com cônjuges, basta fazer a doação das quotas e/ou ações com a cláusula de incomunicabilidade e, assim, os títulos estarão excluídos da comunhão (artigo 1.668 do Código Civil) [...] Aliás, não é preciso ser explícito nas medidas de proteção do(a) herdeiro(a) em face de seu cônjuge. Pode-se simplesmente gravar os títulos com a cláusula de inalienabilidade, certo que, por força do artigo 1.911 do Código Civil, essa cláusula imposta aos bens por ato de liberalidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade

Portanto, de acordo com os autores mencionados acima, tem-se que são diversos os mecanismos oferecidos pela *holding* que poderão ser úteis às finalidades de um planejamento sucessório e tributário, entre eles, as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, evitando, assim, que terceiros – sejam eles credores, ou ex-cônjuges, em caso de divórcio, por exemplo – possam ter acesso a esse patrimônio.

Convém esclarecer que essa “proteção” com relação ao patrimônio inserido na *holding* por seus titulares não importa na blindagem completa dos sócios desta contra qualquer tipo de cobrança proveniente das dívidas que vier a contrair, mas sim, em evitar que as dívidas contraídas por um dos sócios causem danos ao patrimônio da sociedade como um todo.

Nesse sentido, esclarecem Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 104):

Para além dessa situação clássica, se a holding é constituída sob a forma de sociedade contratual, ainda que limitada, o próprio Código Civil, em seu artigo 1.027, impede o cônjuge ou convivente (sociedade de fato) de exigir desde logo a sua parte em face da separação. Terá que pedir a liquidação das quotas, o que permite aos demais sócios (membros da família) entregar-lhe dinheiro e não participação societária, sendo que o(a) sócio(a) ex-cônjuge perderá um naco de sua participação: aquilo que a sociedade ou os demais sócios indenizaram ao seu meeiro será retirado de sua parte e transferido para a parte dos demais.

Sendo assim, conforme exposto acima, aquele que puder exigir algum valor de um dos sócios da *holding* – como o ex-cônjuge no divórcio – deverá pedir a liquidação das quotas sociais deste na proporção que tiver direito, recebendo, portanto, sua indenização em direito, evitando, assim, que esse credor/ex-cônjuge ingresse na sociedade (ainda que o queira), fator que seria prejudicial ao planejamento familiar objetivado pela *holding*.

Ao falar das cláusulas contratuais atinentes ao planejamento sucessório cumpre ressaltar uma observação salutar para sua efetividade, qual seja, aquela prevista no artigo 979, do Código Civil³.

O referido dispositivo estabelece, para que seja garantida a eficácia destas contra terceiros, a necessidade de arquivamento e averbação tanto no Registro Civil quanto no Registro Público de Empresas Mercantis dos instrumentos realizados pelo empresário nos quais constem as cláusulas tratadas acima.

Portanto, em outras palavras, tem-se que de nada vale o estabelecimento das cláusulas no contrato firmado pelo empresário sem que seja feito o devido registro destas nos órgãos estabelecidos pela lei, de modo que, apenas devidamente registradas, estas alcançam a eficácia *erga omnes*, podendo ser opostas em face de qualquer pessoa, seja ela um ex-cônjuge, um credor, entre outros.

Por fim, uma quarta vantagem interessante oferecida pela *holding* ao planejamento sucessório diz respeito ao recurso da doação com reserva de usufruto, alternativa que se mostra interessante aos ascendentes que exercem as funções de gestão da sociedade.

Nesse sentido, esse instituto surge como uma oportunidade de realizar a doação das quotas sociais da empresa aos descendentes, atendendo ao desejo de antecipação da sucessão mantendo para si, contudo, os efetivos poderes de gestão da *holding*, na condição de usufrutuários dos poderes garantidos pelas referidas participações societárias.

Nos dizeres de Mamede, G. e Mamede, E. C (2018, p. 119):

Alternativamente, há o recurso ao usufruto: transfere-se aos herdeiros apenas a nua propriedade dos títulos societários (quotas ou ações), mantendo o(s) genitor(es) a condição de usufrutuários, ou seja, podendo exercer os direitos relativos àqueles títulos e, dessa maneira, podendo manter a administração da *holding* e, com ela, o controle das sociedades operacionais e demais investimentos da família.

Assim, pelo estudo apresentado acima podemos identificar que a constituição de uma *holding* com a finalidade de administração do patrimônio e de planejamento sucessório pode trazer diversos benefícios ao planejamento sucessório e tributário, tendo como exemplo: (I) benefícios na administração do ativo; (II)

³ Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade.

vantagens de ordem tributária; (III) proteção do patrimônio em face de terceiros ou, ainda; (IV) o aumento da segurança no momento da transmissão da herança.

Contudo, tal prática deve ser feita de modo a respeitar todos os requisitos de um planejamento tributário lícito, os quais deverão ser abordados em uma etapa preliminar, a título de noções propedêuticas, tendo em vista que uma *holding* constituída sem tais alicerces poderá acarretar o descumprimento da legislação e eventuais responsabilizações, sobretudo no campo tributário, sobre o qual recai o objeto da presente análise.

Nas palavras de Valentin (2021, p. 44):

O remédio encontrado para tentar minimizar as mazelas citadas e garantir ao proprietário do patrimônio uma maior autonomia quanto a sua destinação é o planejamento sucessório. Alguns dos institutos utilizados como forma de planejamento sucessório, ainda, garantem uma menor burocracia na administração da parte do patrimônio constituída por bens imóveis.

E ainda, a respeito da legitimidade da adoção do planejamento sucessório, o autor traz:

O planejamento sucessório, portanto, é um legítimo mecanismo a ser utilizado por todo aquele que busca uma maior autonomia e previsibilidade na destinação do seu patrimônio. No entanto, é necessário que o processo de escolha das ferramentas a serem utilizadas seja muito bem conduzido para que não se vislumbre a ocorrência de descumprimento da lei, pois a mera dúvida quanto à legalidade dos instrumentos utilizados pode levar ao seu questionamento judicial [...] (VALENTIN, 2021, p. 44).

Desta forma, conforme observado pelo autor, tem-se que o planejamento sucessório e tributário por meio da *holding* pode representar uma alternativa interessante na administração do patrimônio, garantindo processos menos burocráticos, bem como, maior autonomia e segurança, seja antes, durante, ou depois do processo de sucessão patrimonial.

Ocorre que, tal instrumento deve ser utilizado de maneira cautelosa, uma vez que a linha que divide o planejamento sucessório e tributário e o descumprimento da lei é tênue, de modo que a referida prática abre diversas possibilidades que, não raramente, são exploradas por aqueles que, dotados de má-fé, desejam se evadir de suas obrigações tributárias.

2.4.2 Desvantagens da *holding* como forma de planejamento sucessório

Estabelecidas as principais vantagens que a adoção da *holding* pode oferecer uma vez sendo adotada como instrumento do planejamento sucessório, deve ser firmado, ainda, um contraponto, a fim de que sejam trazidas à mesa, também, as desvantagens que podem advir dessa modalidade.

Somente com esses dois aspectos estabelecidos é que o responsável pela elaboração do planejamento poderá, avaliando um e outro, definir se tal possibilidade representará, de fato, a vantagem pretendida.

Em primeiro lugar, em se tratando das desvantagens de um planejamento sucessório por meio da constituição da *holding*, deve ser considerada a premissa de que esta representa um alto custo, considerando a complexidade dos atos envolvidos, bem como, as despesas decorrentes de sua manutenção.

Assim, explica Rosa (2023, p. 239):

Outro fator que poderemos constatar ao longo do tópico é que essa ferramenta não é acessível à maioria da população não apenas pelos custos operacionais necessários à sua constituição, mas também pelo fato de que a formação de uma *holding* exige a manutenção de uma gestão empresarial que, normalmente, elide o interesse de um grande público.

Portanto, com escopo nas lições trazidas pelo autor, temos que essa ferramenta, apesar de suas vantagens pode não ser interessante para grande parte dos grupos familiares interessados em um planejamento sucessório, justamente por exigir um investimento que, muitas vezes, não se mostra sustentável.

A seguir, um segundo ponto a ser mencionado em se tratando das desvantagens da adoção da *holding* como meio ao planejamento sucessório, diz respeito ao inventário judicial em caso de falecimento do ascendente.

Nesse sentido, um dos maiores atrativos mencionados ao se falar no planejamento sucessório é o aumento da celeridade dos procedimentos de sucessão, muito disso por conta da promessa de afastamento do processo de inventário, considerado como um dos grandes “vilões” que ensejam a morosidade da sucessão.

Cumprido aqui ressaltar, contudo, que a utilização da *holding* como ferramenta do planejamento sucessório não exclui a necessidade de realização do inventário pelos herdeiros, se tratando de um procedimento necessário.

Nesse sentido, esclarece Rosa (2023, p. 250):

A primeira questão a ser considerada é que, uma vez criada a holding, isso não significa que os herdeiros estejam dispensados da realização do inventário, pois, uma vez transferidas as cotas do sócio falecido aos herdeiros, sobre elas existe a necessidade de incidência de imposto de transmissão causa mortis. Ao depois, eventual patrimônio existente em nome da pessoa física como, por exemplo, saldo em conta corrente, este deverá, necessariamente, também passar pelo inventário.

Nesse sentido, conforme salientado pelo autor, ainda que seja um planejamento visando uma maior celeridade dos atos da sucessão, este não exclui completamente a necessidade dos procedimentos estabelecidos pela lei, a exemplo do próprio inventário, podendo, a depender do caso em concreto, não representar tamanho benefício quanto desejado/prometido.

Prosseguindo, um terceiro aspecto que se apresenta como uma desvantagem dessa modalidade de planejamento sucessório e tributário é a antecipação do pagamento do tributo, mais especificamente, a incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), na modalidade doação.

Isso porque, conforme já abordado, o planejamento sucessório por meio da *holding* é feito por meio da doação das quotas sociais da empresa pelo proprietário aos seus herdeiros, que passarão a ser sócios desta.

Assim, uma vez constituída a *holding* pelo ascendente, este, em um momento posterior, realizará a doação das quotas sociais aos seus herdeiros, caracterizando, assim, o fato gerador do ITCMD, conforme será estudado de maneira aprofundada mais adiante no presente trabalho.

Por agora, basta esclarecermos que, realizando a antecipação da sucessão patrimonial por meio da *holding*, seguindo as bases do planejamento sucessório e tributário, a incidência do ITCMD com relação à parcela do patrimônio transmitido na forma de quotas sociais desta se dará de maneira antecipada, ou seja, não mais no momento da morte do ascendente (*causa mortis*), mas sim, no momento em que se concretizar a doação.

Um quarto ponto importante que merece ser citado ao se falar de possíveis desvantagens da adoção da *holding* como instrumento do planejamento sucessório e tributário diz respeito à possibilidade de as doações feitas dentro desse contexto caracterizarem dissimulação e, portanto, serem desconsideradas pela autoridade administrativa.

Tal possibilidade encontra previsão no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional⁴, e vem sendo – de maneira equivocada⁵ – chamada por parte da doutrina de “norma antielisiva”.

O referido dispositivo foi introduzido ao Código Tributário Nacional por meio da Lei Complementar 104/01, com o objetivo de evitar as dissimulações, aqui entendidas como os meios que o contribuinte se vale para tentar enganar o fisco, maquiando as operações que caracterizariam hipóteses de incidência de determinado tributo a fim de se evadir do pagamento deste.

A situação descrita acima representa uma desvantagem ao planejamento sucessório e tributário por meio da *holding*, uma vez que pode servir como circunstância limitante às operações praticadas dentro desse contexto.

Tomemos como exemplo um pai que, após integralizar todo o seu patrimônio a uma *holding*, deseja transferir esse patrimônio a seus filhos por meio da doação de quotas sociais da empresa. Para isso, ele faz doações periódicas a seus sucessores, sempre abaixo do limite de isenção estabelecido na lei⁶, a fim de afastar a incidência do ITCMD, até que seja doada a totalidade desse patrimônio.

Nesse sentido, tomando como base a situação hipotética acima narrada, a autoridade administrativa poderá, com fulcro no dispositivo legal supramencionado, desconsiderar os atos praticados pelo pai, uma vez que praticados com evidente intenção de dissimulação. Assim, serão agrupadas todas as doações periódicas feitas por este em uma única doação, que supera o valor de isenção estabelecido na lei e, conseqüentemente, caracteriza fato gerador a ser tributado pelo ITCMD.

Logo, a utilização da *holding* como instrumento do planejamento sucessório e tributário deve levar em consideração as regras do ordenamento

⁴ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: [...]

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.

⁵ O equívoco aqui mencionado diz respeito, especificamente, à expressão “antielisiva”, uma vez que, conforme veremos adiante, o termo “elisão fiscal” diz respeito ao emprego de meios lícitos para reduzir ou afastar a incidência de determinada carga tributária, diferindo, no entanto, da “evasão fiscal”, que seria o emprego de meios ilícitos para alcançar tais objetivos. Com base nessa premissa, portanto, foge de qualquer lógica a elaboração de uma “norma antielisiva”, tendo em vista que a elisão fiscal representa o mero exercício de um direito por parte do contribuinte.

⁶ Veremos mais adiante as hipóteses de isenção trazidas pela lei 10.705/2000.

tributário nacional, de modo que a não observação destas poderá acarretar a desconsideração dos atos praticados e conseqüente incidência da carga tributária.

Ainda com relação às normas do ordenamento tributário, merece destaque uma quinta situação que pode representar uma desvantagem ao planejamento sucessório e tributário por meio da *holding*, qual seja a indefinição a respeito da base de cálculo a ser adotada no caso da cobrança do ITCMD.

Tal hipótese será abordada de maneira oportuna em momento posterior do presente trabalho, contudo, é importante ressaltar que existe um debate a respeito da correta forma de avaliação das quotas sociais da *holding* para fins de cálculo do referido imposto e, com isso, surge a possibilidade de, ainda que realizado o planejamento sucessório e tributário, os valores adotados por este a título de base de cálculo serem diferentes daqueles entendidos como adequados pelo órgão de fiscalização (Secretaria da Fazenda e Planejamento), dando ensejo à lavratura de um Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM).

Apresentadas as principais desvantagens que a utilização da *holding* como ferramenta do planejamento sucessório pode representar para o administrador de um patrimônio familiar, tem-se estabelecido um contraponto às vantagens anteriormente abordadas pelo presente estudo.

Assim, somente após sopesar os ônus e bônus que a constituição dessa empresa pode oferecer dentro da realidade concreta daquele patrimônio familiar específico é que o administrador poderá fazer uma opção consciente pela viabilidade ou não da adoção dessa forma de planejamento.

3 DOS TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A TRANSMISSÃO DE PATRIMÔNIO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

Estabelecidas as principais questões a respeito da *holding*, tais quais a sua conceituação, seus tipos societários e a viabilidade ou não de sua adoção como instrumento do planejamento sucessório e tributário, o presente estudo passará a uma análise pormenorizada dos principais tributos incidentes sobre a transmissão do patrimônio via *causa mortis* ou doação, em especial o já mencionado Imposto sobre transmissão causa mortis ou doação – ITCMD, passando, ainda, por um estudo acerca da possibilidade ou não de conflito de incidência entre este e o Imposto de Renda – IR.

3.1 O ITCMD No Estado de São Paulo

Iniciando, de maneira específica, o estudo do imposto de transmissão *causa mortis* e doações, convém estabelecer a premissa de que o referido imposto, nos moldes delimitados pelo artigo 155, inciso I, da Constituição Federal⁷, é de competência dos Estados e do Distrito Federal, o que esclarece a grande variedade nas características de diversos elementos – a citar a alíquota, as hipóteses de isenção, entre outros – de um ente da federação em relação aos outros.

Firmada a premissa acima, o presente estudo adotará, para fins de análise especificada, o referido imposto no contexto do Estado de São Paulo, o ITCMD, nos moldes estabelecidos pela Lei 10.705/2000.

A legislação paulista, em uso de sua atribuição constitucional, instituiu a Lei 10.705/2000 (Lei do ITCMD), que, em seu artigo 1º dispõe: “Artigo 1º - Fica instituído o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, previsto no artigo 155, I, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993”.

Esclarecidas, portanto, a delimitação territorial do objeto do presente estudo, passaremos, nos capítulos que seguem, aos elementos específicos do imposto mencionado, a citar, a possibilidade de conflito com outros tributos, bem

⁷ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...]

como, os critérios que servirão como base para definir a possibilidade de incidência deste no caso concreto.

3.2 Possibilidade De Conflito Entre o ITCMD e o Imposto de Renda (IR)

Dando continuidade à análise a respeito dos tributos que podem incidir sobre a transmissão via *causa mortis* ou doação, merece destaque a recente discussão a respeito da incidência do Imposto de Renda – IR em determinadas situações que caracterizam, também, hipóteses de incidência do ITCMD.

Melhor elucidando, a discussão aqui mencionada diz respeito ao disposto no *caput* e parágrafo 1º do artigo 23 da Lei 9.532/1997, que traz em sua redação:

Art. 23. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do de cujus ou do doador.

§ 1º **Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do de cujus ou do doador sujeitar-se-á à incidência de imposto de renda à alíquota de quinze por cento. (grifei)**

Para que se esclareça a discussão aqui abordada, é preciso que se compreenda, preliminarmente, o disposto no *caput* do referido artigo. A redação desse dispositivo permite às partes avaliar os bens e direitos objetos do negócio jurídico por dois valores distintos, sendo eles: (1) o valor de mercado do bem ou direito ou, ainda; (2) o valor constante na declaração de bens do de cujus ou doador (valor histórico).

A discussão recai, contudo, quando a avaliação dos bens se dá por meio da primeira modalidade descrita, uma vez que, na comparação entre o valor que o bem se encontra (na data da doação/sucessão) registrado na declaração de bens do de cujus ou do doador e o valor de mercado – sendo este o valor que o bem efetivamente representa de acordo com a avaliação praticada pelo mercado na data da transferência – haverá, em regra, um acréscimo nesse valor, decorrente da natural valorização dos bens, em especial quando se trata de bens imóveis.

O ponto elementar da questão aqui abordada é essa valorização, de modo que, representando esta um acréscimo ao patrimônio do doador/*de cujus*, surge o entendimento de que tal valorização deveria ser tributada, uma vez que

representaria a materialização da hipótese de incidência do Imposto de Renda – IR, prevista no artigo 43, do Código Tributário Nacional⁸.

Sobre tal discussão, explica Scaff (2023, s.p.):

O problema prático se identifica quando ocorre doação de bens em valor superior ao custo de aquisição ou ao valor registrado pelo doador. A diferença entre o valor registrado e o valor objeto da doação é tributada pelo IRPF como *ganho de capital* (artigo 23 da Lei nº 9.532/97), podendo ser avaliado (1) *a mercado* ou (2) pelo valor constante da declaração de bens do *de cujus* ou do doador. Se for efetuada a valor de mercado, a diferença será tributada pelo IR, como *ganho de capital*, decorrente da diferença entre o custo de aquisição e o valor da transferência ou valor de mercado.

Com relação ao momento da tributação, o autor prossegue:

Nesse sentido, haverá tributação *imediata* do *ganho de capital* se o contribuinte optar pela primeira hipótese, isto é, se a transferência for desde logo pelo valor *de mercado*, realizando-se imediatamente o *ganho de capital* (e a respectiva tributação da renda), quando então o donatário/herdeiro/legatário deverá registrar o valor *de mercado* na sua declaração, reduzindo o potencial e futuro ganho de capital em transferência posterior. Haverá tributação *diferida* na segunda hipótese, se ocorrer transferência *por sucessão* (incluída aqui a doação) pelo "valor de custo" (registrado na Declaração), pois se vai *postergar* o potencial ganho de capital (e a respectiva tributação da renda) para o momento em que donatário/herdeiro/legatário realizar eventual alienação, em especial porque este deve registrar em sua declaração o valor da transferência. (SCAFF, 2023, s.p.).

Portanto, de acordo com o autor, a avaliação do bem pela primeira modalidade (valor de mercado) importaria um acréscimo ao patrimônio do *doador*, gerando a tributação de maneira *imediata*, uma vez que a atualização do valor do bem – bem como, o possível fato gerador – ocorre de maneira concomitante à avaliação desse bem.

Adiante na discussão sobre a incidência ou não do Imposto de Renda, como uma primeira corrente, surge o entendimento de que a hipótese mencionada no referido dispositivo importaria em bitributação, uma vez que ocasionaria na incidência de dois impostos (ITCMD e IR) sobre um mesmo fato gerador, o que, conseqüentemente, acarretaria a inconstitucionalidade da referida cobrança.

⁸ Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **IMPOSTO SOBRE A RENDA. GANHO DE CAPITAL. ANTECIPAÇÃO DE LEGÍTIMA. AUSÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. VEDAÇÃO À BITRIBUTAÇÃO.** 1. Agravo interno contra decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário com agravo interposto em face de acórdão que afastara a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital apurado por ocasião da antecipação de legítima (Lei nº 7.713/1988, art. 3º, § 3º; e Lei nº 9.532/1997, art. 23, § 1º e § 2º, II). 2. Esta Corte possui entendimento de que o imposto sobre a renda incide sobre o acréscimo patrimonial disponível econômica ou juridicamente (RE 172.058, Rel. Min. Marco Aurélio). **Na antecipação de legítima, não há, pelo doador, acréscimo patrimonial disponível.** Acórdão alinhado à jurisprudência desta Corte. 3. O constituinte repartiu o poder de tributar entre os entes federados, introduzindo regras constitucionais, que, sobretudo no que toca aos impostos, predeterminam as materialidades tributárias. Esse modelo visa a impedir que uma mesma materialidade venha a concentrar mais de uma incidência de impostos de um mesmo ente (vedação ao bis in idem) ou de entes diversos (vedação à bitributação). Princípio da capacidade contributiva. **4. Admitir a incidência do imposto sobre a renda acabaria por acarretar indevida bitributação em relação ao imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD).** 5. Agravo interno a que se nega provimento (STF - ARE: 1387761 ES, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/06/2022, Data de Publicação: 01/07/2022). *(grifei)*

De acordo com o entendimento do referido acórdão, julgado em 1º de julho de 2022, com relatoria do Min. Roberto Barroso, restou reconhecido que a incidência do Imposto de Renda nas hipóteses de adiantamento de legítima acarretaria a incidência de bitributação em relação ao ITCMD. O referido acórdão destacou pontos como a repartição constitucional entre poder de tributar da União (IR) e dos Estados (ITCMD), bem como, a ausência de acréscimo patrimonial disponível nos casos de adiantamento de legítima.

Aderindo a esta primeira corrente, ainda, vale a menção às lições de Cury (2022, p. 188-189):

Com efeito, a doutrina majoritária aponta no sentido de que o conceito de renda e proventos de qualquer natureza tratado pela CF e reproduzido pelo art. 43 do CTN distingue-se do das transferências patrimoniais, de que são exemplos doações e heranças.

É que por renda se entende o acréscimo originado do patrimônio preexistente da própria pessoa, obtido onerosamente por seu esforço ou aplicação em certa atividade; por provento de qualquer natureza tributável pelo referido imposto costumam-se admitir os ganhos de capital, correspondentes ao acréscimo decorrente da alienação de bens e direitos já pertencentes a um sujeito por valor superior ao de sua aquisição. As transferências patrimoniais gratuitas (tais como doações, heranças, constituições ou restituições de capital em sociedades) não se subsumem a tal classe.

Enfim, há acréscimos nas transferências patrimoniais, graváveis pelo ITCMD, mas também renda e proventos de qualquer natureza,

tributáveis pelo Imposto sobre a Renda. Há materialidades distintas, inconfundíveis, eleitas pela Carta Magna como termo seguro para delinear fronteiras das fiscalidades estadual e federal. (grifei)

Por outro lado, a discussão aqui trabalhada ainda admite uma segunda corrente, segundo a qual, a incidência do IR sobre as hipóteses de adiantamento de legítima, nos termos aqui expostos, seria legítima.

Melhor elucidando, de acordo com esse entendimento, a atualização do valor do bem objeto da transferência em nada se confunde com a transmissão deste via causa mortis ou doação, isso porque ambas as situações representam fatos jurídicos distintos, cada qual representando hipótese de incidência legítima de cada um dos tributos (IR e ITCMD).

Tal corrente também encontra respaldo na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHO DE CAPITAL NAS SUCESSÕES HEREDITÁRIAS. EXPLICITAÇÃO DO FATO GERADOR. ACÓRDÃO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (STF - RE: 1269201 RS 5001591-76.2014.4.04.7111, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 28/10/2020, Data de Publicação: 29/10/2020) (grifei)

E, ainda:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHO DE CAPITAL NAS SUCESSÕES HEREDITÁRIAS. EXPLICITAÇÃO DO FATO GERADOR. ACÓRDÃO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (STF - RE: 1392666 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 10/11/2022, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16/11/2022 PUBLIC 17/11/2022) (grifei)

As referidas decisões, em oposição aos argumentos defendidos pela primeira corrente, apontam para a legitimidade da incidência do Imposto de Renda nas hipóteses de sucessão hereditária.

Tomando como referência, em especial, a menção ao parecer da Procuradoria-Geral da República na fundamentação do voto da decisão monocrática proferida pela Min. Carmem Lúcia, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.392.666, em 17 de novembro de 2022, temos que:

Equivocada, a meu sentir, a conclusão do Acórdão atacado [...] Isso porque a análise dos dispositivos legais e constitucionais acima não implica o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, art. 23, §1º, da Lei 9.532/97, que autoriza a União a cobrar imposto de renda sobre o ganho de capital, **uma vez que aquele fato gerador difere do fato gerador do ITCMD, não havendo, portanto, falar em bitributação ou invasão da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal.**

Acaso a atualização do valor do bem tivesse sido realizada em momento anterior ao óbito, haveria necessariamente a incidência do imposto de renda sobre esse valor.

Há um diferimento ao contribuinte para atualizar o valor do imóvel no momento da venda ou no momento da doação, e esse diferimento, que era do de cujus, transfere-se ao herdeiro, que ainda pode optar por manter o valor histórico do bem em sua declaração, não sendo possível, contudo, furtar-se à incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital quando o referido bem for vendido. Na hipótese do herdeiro optar por receber o bem no valor já atualizado de mercado, a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital é imediata.

Clara, portanto, a distinção entre os fatos geradores que, por óbvio, não se confundem. (grifei)

Restam, portanto, demonstrados os argumentos que embasam ambas as correntes, tanto no sentido da ilegitimidade da cobrança do imposto de renda sobre as hipóteses de adiantamento de legítima e sucessão hereditária, caracterizando, assim, a bitributação e a conseqüente inconstitucionalidade da cobrança do tributo, bem como, seu oposto, em defesa de que a cobrança do tributo seria legítima, uma vez que os fatos geradores de ambos os impostos seriam distintos, não havendo que se falar em bitributação, nem mesmo, em invasão de competência tributária.

Cumprе ressaltar, ainda, que, em que pese a matéria tenha sido levada algumas vezes à apreciação da Suprema Corte, tal questão ainda não encontra solução pacífica na jurisprudência pátria, possuindo ambas as correntes precedentes aptos a reforçarem suas teses.

Por fim, cumprе ressaltar uma possível solução para a controvérsia aqui apresentada, a qual, nos dias de hoje, figura apenas como uma sugestão a ser considerada pelo legislador. Nas lições de Cury (2022, p. 190):

O tema, muito embora possa solucionar-se pelo cotejo constitucional, certamente estaria mais bem definido a partir de clara delimitação da materialidade do ITCMD em lei complementar, apontando para sua exclusividade em relação à noção de renda ou proventos de qualquer natureza. Afinal, é papel da lei complementar precisamente tornar mais evidentes os conteúdos constitucionais a fim de evitar que de sua má interpretação resultem prejuízos, como parece, indene de dúvida, ser o caso.

Na opinião do autor – e aqui, hei de concordar – a questão poderia ser definida de maneira definitiva – em homenagem, ainda, aos melhores interesses da segurança jurídica – por meio da edição de uma lei complementar que definisse, de maneira clara, a delimitação do critério material do ITCMD, encerrando por completo debates como o aqui trabalhado.

A sugestão acima descrita encontra respaldo na chamada Função Geral da Lei Complementar⁹, estabelecida pelo artigo 146, inciso I, da Constituição Federal, sendo esta a de prevenir os conflitos de competência, como é o caso da questão aqui abordada, em que restou demonstrado o conflito entre o imposto federal (IR) e o imposto estadual (ITCMD).

⁹ Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; [...]

4 CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PARA A INCIDÊNCIA DO ITCMD NA TRANSMISSÃO DA HOLDING VIA CAUSA MORTIS OU DOAÇÃO

A fim de melhor elucidar a incidência do ITCMD nas hipóteses de transmissão da *holding* por meio da *causa mortis* ou das doações, o presente estudo passa a uma análise dos critérios que devem estar presentes para que surja a relação tributária entre fisco/Estado e contribuinte. Essa divisão será estabelecida com base nos critérios estabelecidos pela Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT).

A referida regra, em síntese, divide a incidência tributária em dois momentos, quais sejam: (1) a proposição antecedente, sobre a qual recairá a análise dos critérios ligados a determinado fato previsto em lei que pode ou não ter ocorrido (a chamada hipótese de incidência) e; (2) a proposição consequente, que analisará a relação que se formará entre o fisco e o contribuinte uma vez comprovada a ocorrência do fato previsto em lei, bem como, os elementos de quantificação dessa relação.

Sobre o tema, aduz Queiroz (2005, p. 239):

Norma jurídica tributária em sentido estrito ou regra matriz de incidência tributária ou simplesmente *norma tributária* é a norma de conduta que prescreve a obrigação de pagar tributo, ou seja, é a que estabelece um vínculo jurídico entre um *antecedente*, que descreve um fato de possível ocorrência que não seja um fato-conduta ilícito, e um *conseqüente*, que prescreve uma relação jurídico-formal, na qual tal norma impõe (obriga) a um sujeito de direito (sujeito passivo-o contribuinte) a conduta de entregar certa quantia em dinheiro a outro sujeito de direito (sujeito ativo) ou (nos casos de substituição tributária) a conduta de permitir que outro sujeito (sujeito ativo) lhe retire certa quantia em dinheiro.

Portanto, temos que a regra matriz de incidência tributária surge como uma forma de uniformizar o estudo da obrigação tributária, conferindo a esta uma classificação com base em critérios preestabelecidos, que identificam tanto a ocorrência do fato (hipótese de incidência), na proposição antecedente, quanto a relação jurídica que surge por ocasião deste, na proposição consequente.

Nas lições de Carvalho (1998, p. 48):

Os termos hipótese e conseqüência representam, na norma jurídica, a mesma função da "prótase" e da "apódose" na composição do juízo hipotético segundo os ensinamentos da Lógica. À "prótase" designaremos de suposto ou hipótese, que pode ser conceituada como o conjunto de critérios para a identificação de fato que, acontecido, determina a incidência de certa conseqüência prevista na "apódose". Esta, por sua vez, é o conjunto de critérios para a determinação de certa conseqüência, imputada à realização do fato previsto na "prótase".

Assim, na definição trazida pelo autor, refinada pelas lições da filosofia, a presente classificação se apresenta, de maneira simplificada, como um estudo de “fato” e “consequência”, cindindo a análise do surgimento (ou não) da obrigação tributária em critérios analisados nas duas proposições (antecedente e consequente).

4.1 Na Proposição Antecedente

Tendo como base a regra aqui adotada para a análise da obrigação tributária, qual seja, a divisão desta de acordo com os critérios da regra matriz de incidência tributária (RMIT), passa-se ao estudo da primeira proposição dessa análise, qual seja, o *antecedente*.

Como já foi abordado anteriormente, o antecedente se apresenta como a proposição que recai sobre a análise do fato jurídico propriamente dito, ou seja, da hipótese de incidência do tributo nos termos estabelecidos em lei.

Nesse sentido, em se tratando da análise do fato, caberá a divisão dessa proposição em três critérios, os quais servirão para delimitar a hipótese de incidência. Esses critérios serão: (a) critério material; (b) critério espacial e; (c) critério temporal.

Estabelecida a classificação a ser seguida com relação aos critérios do antecedente, caberá ao presente estudo a análise dos elementos que compõem cada um desses requisitos, especificamente, no ITCMD, bem como, a relação de cada um destes com a incidência do referido imposto nos casos de transmissão da *holding*.

4.1.1 Critério material

Iniciando o estudo do critério material do ITCMD, o presente estudo propõe uma análise conjunta de dois elementos que compõem o momento do surgimento da obrigação tributária e, conseqüentemente, da incidência do tributo, sendo estes o fato gerador e a hipótese de incidência.

O fato gerador (ou fato jurídico tributário) é tratado em capítulo próprio do Código Tributário Nacional, em seus artigos 114 a 118¹⁰, de modo que representa

¹⁰ Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

vital importância para a compreensão do que seria ou não causa da incidência daquele tributo.

Nesse sentido, leciona Amaro (2019, p. 259):

O fato gerador do tributo é uma situação material descrita pelo legislador: adquirir renda, prestar serviços, importar mercadorias estrangeiras etc. [...] O fato gerador sói ser definido pela referência a uma ação ou situação (como a aquisição de renda, a importação de mercadorias, o fato de ser proprietário etc.), que se identifica como núcleo ou materialidade do fato gerador.

Por outro lado, com relação à incidência, o autor aduz:

Diz-se que há incidência de tributo quando determinado fato, por enquadrar-se no modelo abstratamente previsto pela lei, se juridiciza e irradia o efeito, também legalmente previsto, de dar nascimento a uma obrigação de recolher tributo (AMARO, 2019, p. 379).

E completa:

Quando se fala de incidência (ou melhor, de incidência de tributo), deve-se ter em conta, portanto, o campo ocupado pelos fatos que, por refletirem a hipótese de incidência do tributo legalmente definida, geram obrigações de recolher tributos (AMARO, 2019, p. 380).

Por sua vez, Machado (2010, p. 135) esclarece a respeito da diferenciação entre o fato gerador e a hipótese de incidência:

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

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

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

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

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

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

A expressão hipótese de incidência designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão fato gerador diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A hipótese é simples descrição, e simples previsão, enquanto o fato é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto.

Desta forma, a partir da análise dos autores citados acima, alcançamos a conclusão de que, por hipótese de incidência, deve ser entendida a tipificação em lei, ou seja, a descrição da conduta de maneira genérica, conforme esta se encontra no ordenamento tributário vigente. Por outro lado, com relação ao fato gerador, este se refere aos fatos praticados no caso concreto, ou seja, a prática da conduta na “vida real”, a qual se enquadra na hipótese de incidência.

Portanto, assertiva se faz a afirmativa de que tais requisitos se completam, uma vez que não existe fato gerador sem hipótese de incidência anteriormente configurada (em respeito ao princípio da anterioridade), bem como, a hipótese de incidência sem o fato gerador se torna apenas letra de lei, sem efetividade.

Em seguida, estabelecida a premissa conceitual a respeito da hipótese de incidência e do fato gerador, passamos à aplicação destes no ITCMD.

Com relação às hipóteses de incidência do ITCMD, o artigo 2º, da Lei 10.705/2000 tipifica:

Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;
II - por doação.

Pela redação do dispositivo trazido, inquestionável se faz o entendimento de que são duas as hipóteses de incidência do ITCMD, quais sejam: (I) a transmissão de bens ou direitos havida por meio da sucessão (seja ela legítima, testamentária ou provisória), esta entendida como a transmissão *causa mortis* e; (II) a transmissão de bens ou direitos havida por meio da doação.

Assim, formado o entendimento a respeito de quais seriam os elementos que compõem o critério material do ITCMD, tendo sido devidamente apresentadas as hipóteses de incidência desse imposto com base na lei paulista, passa-se a uma análise de maneira especificada do ITCMD nas hipóteses de transmissão da *holding*.

4.1.1.1 O critério material do ITCMD na transmissão da holding

O ITCMD, conforme estabelecido na lei específica, tem como hipótese de incidência a transmissão, pela sucessão causa mortis ou por doação, de qualquer bem ou direito.

Nesse sentido, vale destacar, conforme foi apresentado nos tópicos anteriores do presente estudo, que a transmissão das empresas *holding*, na modalidade de planejamento sucessório, é feita por meio da transmissão das quotas da empresa aos sucessores daquele que detém o patrimônio, seja por doação em vida dessas quotas ou pela transmissão destas pela *causa mortis*.

Tendo isso em vista, observa-se que, aos casos de transmissão de quotas das empresas instituídas na modalidade *holding*, incide uma modalidade específica do tributo, também regulada na mencionada lei.

Ilustrando, o artigo 3º, inciso I, da Lei 10.705/2000, traz em seu corpo a seguinte disposição:

Artigo 3º - Também sujeita-se ao imposto a transmissão de:
I - qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou capital de sociedade e companhia, tais como ação, quota, quinhão, participação civil ou comercial, nacional ou estrangeira, bem como, direito societário, debênture, dividendo e crédito de qualquer natureza; [...]

Cumpra aqui, ainda, lembrar que, nos termos do artigo 83, inciso III, do Código Civil¹¹, as quotas sociais da *holding* são consideradas bens móveis, razão pela qual sua incidência se adequa perfeitamente ao artigo citado acima.

Desta forma, de acordo com as disposições trazidas pela lei específica que trata sobre o tema, tem-se que o tributo cabível para as transmissões das quotas sociais da *holding* no Estado de São Paulo é o ITCMD, o qual é regulamentado pela Lei Estadual mencionada acima.

4.1.2 Critério espacial

Dando prosseguimento ao estudo dos critérios do antecedente da obrigação tributária no ITCMD, passamos a uma análise do critério espacial, em busca

¹¹ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: [...]

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

da delimitação do alcance do referido tributo no espaço, bem como, o efeito desta na transmissão da *holding*.

Nesse sentido, leciona Carvalho (1998, p. 130):

Releva o estudo do critério espacial das hipóteses tributárias porque nele se precisam os elementos necessários e suficientes para identificarmos a circunstância de lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico. [...] Pois bem, o critério espacial encerra os elementos que nos permitirão reconhecer a circunstância de lugar que limita, no espaço, a ocorrência daquele evento.

Portanto, de acordo com as lições do autor, temos que o critério espacial diz respeito, em sua essência, às circunstâncias de espaço, ou seja, do local propriamente dito onde ocorre o fato jurídico tributável (fato gerador).

O critério espacial do ITCMD encontra expressa previsão na Carta Magna, que dispõe em seu artigo 155: “**Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...]**” (*grifei*). O parágrafo 1º, incisos I e II, do mesmo artigo¹² também dispõem sobre o tema.

A lei 10.705/2000 também traz considerações a respeito do critério espacial do ITCMD, estabelecendo nos parágrafos 1º e 2º, do seu artigo 3º:

[...] § 1º - A transmissão de propriedade ou domínio útil de bem imóvel e de direito a ele relativo, situado no Estado, sujeita-se ao imposto, ainda que o respectivo inventário ou arrolamento seja processado em outro Estado, no Distrito Federal ou no exterior; e, no caso de doação, ainda que doador, donatário ou ambos não tenham domicílio ou residência neste Estado.

§ 2º - O bem móvel, o título e o direito em geral, inclusive os que se encontrem em outro Estado ou no Distrito Federal, também ficam sujeitos ao imposto de que trata esta lei, no caso de o inventário ou arrolamento processar-se neste Estado ou nele tiver domicílio o doador.

Nesse sentido, pela análise dos dispositivos acima expostos, pode-se concluir que o critério material se divide em dois principais aspectos: (1) relativo a bens imóveis e; (2) relativo a bens móveis.

¹² Art. 155. [...] § 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal.

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal; [...]

De início, em se tratando da transmissão de bens imóveis, entende-se que, para que se defina o critério material destes, deve-se levar em consideração o local onde o referido bem está situado.

Assim, pouco importam, para essa finalidade, fatores como o local de processamento do inventário ou arrolamento, bem como, o domicílio do doador ou donatário.

Dando sequência, ao analisar o referido critério com relação aos bens móveis, a lógica se inverte, devendo ser levados em consideração para a definição do critério espacial o local de processamento do inventário ou arrolamento – no caso da herança – ou, ainda, o domicílio do doador, em caso de doação. Assim, em se tratando de bens móveis, se mostra irrelevante para essa definição o local de situação do bem.

Sobre o tema, dispõe Braghetta (2005, p. 1136):

Verifiquemos o critério espacial do tributo. Coincide com o âmbito de validade territorial da norma, qual seja, o território estadual ou distrital. Mas a questão, aqui, merece maiores cuidados.

A própria Constituição Federal [...] cuidou de estabelecer os critérios espaciais de suas hipóteses, pretendendo, com isso, dirimir qualquer conflito que pudesse existir entre os sujeitos ativos possíveis, quais sejam, os Estados e o Distrito Federal.

Assim, é devido o ITCMD relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, para o Estado ou ao Distrito Federal, dependendo de onde estiver localizado o bem. Porém, relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado ou ao Distrito Federal sendo determinante o local em que se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador.

Assim, nas palavras da autora conclui-se que, a análise do critério espacial do ITCMD exige uma divisão com relação aos bens imóveis e móveis. Para os primeiros, importa o local onde se situam, já para os segundos, o local de sua situação é irrelevante, importando para tal o local do inventário ou arrolamento ou, ainda, o domicílio do doador.

4.1.2.1 Critério espacial do ITCMD na transmissão da holding

Firmadas as definições acima a respeito do critério espacial do ITCMD, o presente estudo para a analisar a correlação desta com a tributação da transmissão da *holding* pela *causa mortis* ou doação.

Nesse sentido, uma vez que, como já abordado, a transmissão da *holding*, no contexto do planejamento sucessório, se faz por meio da transferência das

quotas sociais desta (seja pela *causa mortis* ou pela doação) e, sendo as quotas sociais bens móveis, temos que a classificação destas com relação ao critério espacial se adequará à segunda modalidade estudada acima.

Portanto, conclui-se que, sendo as quotas sociais da *holding* bens móveis, o critério espacial desta se definirá pelo local de inventário ou arrolamento (herança) ou pelo domicílio do doador (doação).

4.1.2.2 A (não) incidência do ITCMD nos casos de conexão com o exterior

Ainda com relação ao critério espacial do ITCMD, outra questão que merece destaque diz respeito à possibilidade ou não de tributação nas hipóteses de herança no exterior.

Melhor elucidando, a presente análise recai sobre a possibilidade de tributação pelo ITCMD nos casos de doação cujo doador resida ou tenha domicílio no exterior, bem como, nos casos de transmissão *causa mortis* em que o de cujus possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país.

A Lei 10.705/2000 traz em seu artigo 4º:

Artigo 4º - O imposto é devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o "de cujus" possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país:

I - sendo corpóreo o bem transmitido:

- a) quando se encontrar no território do Estado;
- b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

II - sendo incorpóreo o bem transmitido:

- a) quando o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer neste Estado;
- b) quando o ato referido na alínea anterior ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado.

A abordagem do dispositivo mencionado acima permite dividir a incidência do ITCMD, nesse caso, em quatro diferentes situações, quais sejam: (1) na doação, quando o doador residir ou tiver domicílio no exterior; (2) na herança, quando o *de cujus* possuía bens localizados no exterior; (3) também na herança, quando o *de cujus* era residente no exterior e, por fim; (4) ainda na herança, quando o *de cujus* teve seu inventário processado fora do país.

Por sua vez, o artigo 155, parágrafo 1º, inciso III, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal traz em seu corpo:

Art. 155. [...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I: [...]

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior; [...]

Ocorre que, com base na referida disposição constitucional, surge o entendimento de que as hipóteses tratadas no artigo 4º da Lei 10.705/2000 mencionado acima não são capazes de produzir efeitos por si só, uma vez que sua eficácia estaria condicionada à edição de uma lei complementar, ainda inexistente, por exigência da própria Constituição Federal.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Competência suplementar dos estados e do Distrito Federal. Artigo 146, III, a, CF. Normas gerais em matéria de legislação tributária. Artigo 155, I, CF. **ITCMD. Transmissão causa mortis. Doação. Artigo 155, § 1º, III, CF. Definição de competência. Elemento relevante de conexão com o exterior. Necessidade de edição de lei complementar. Impossibilidade de os estados e o Distrito Federal legislarem supletivamente na ausência da lei complementar definidora da competência tributária das unidades federativas. [...]** 4. **Sobre a regra especial do art. 155, § 1º, III, da Constituição, é importante atentar para a diferença entre as múltiplas funções da lei complementar e seus reflexos sobre eventual competência supletiva dos estados. Embora a Constituição de 1988 atribua aos estados a competência para a instituição do ITCMD (art. 155, I), também a limita ao estabelecer que cabe a lei complementar – e não a leis estaduais – regular tal competência em relação aos casos em que o “de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior” (art. 155, § 1º, III, b).** 5. Prescinde de lei complementar a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens imóveis – e respectivos direitos -, móveis, títulos e créditos no contexto nacional. **Já nas hipóteses em que há um elemento relevante de conexão com o exterior, a Constituição exige lei complementar para se estabelecerem os elementos de conexão e fixar a qual unidade federada caberá o imposto.** 6. O art. 4º da Lei paulista nº 10.705/00 deve ser entendido, em particular, como de eficácia contida, pois ele depende de lei complementar para operar seus efeitos. Antes da edição da referida lei complementar, descabe a exigência do ITCMD a que se refere aquele artigo, visto que os estados não dispõem de competência legislativa em matéria tributária para suprir a ausência de lei complementar nacional exigida pelo art. 155, § 1º, inciso III, CF. A lei complementar referida não tem o sentido único de norma geral ou diretriz, mas de diploma necessário à fixação nacional da exata competência dos estados. 7. Recurso extraordinário não provido. 8. Tese de repercussão geral: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”. [...] (STF - RE: 851108 SP, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 01/03/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/04/2021) (*grifei*)

Portanto, nos termos do acórdão acima, o STF firmou o entendimento pela impossibilidade da cobrança do ITCMD nas hipóteses de conexão com o exterior, afastando a possibilidade de incidência do imposto nos termos do artigo 4º da Lei 10.705/2000 supramencionado, ante a ausência de lei regulamentar.

O acórdão – julgado em 20 de abril de 2021 sob a relatoria do Min. Dias Toffoli – destacou os principais fundamentos para a decisão: a necessidade de lei complementar (hoje ausente), conforme exigência da Constituição Federal; a eficácia contida do artigo da lei paulista do ITCMD (Lei 10.705/2000) e a impossibilidade dos Estados e DF legislarem de maneira supletiva sobre o tema.

Cumprido ressaltar, ainda, uma ressalva com relação aos bens imóveis localizados no Brasil. Conforme visto acima, o critério material em se tratando do ITCMD nos bens imóveis leva em consideração o local onde se situa o bem. Em razão disso, portanto, para os bens imóveis localizados no Brasil, inexistente a necessidade de lei complementar para a incidência do imposto, independente de quaisquer outros fatores, como o domicílio ou residência do doador ou o local de residência ou processamento do inventário do *de cujus*, sendo perfeitamente cabível a regra do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 10.705/2000¹³.

Acerca da omissão do poder legislativo em editar a lei complementar exigida para dispor sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Direito tributário. **ITCMD. Mora legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade.** Estabelecimento de prazo para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão. 1. No julgamento do RE nº 851.108/SP, Tema nº 825, a Corte fixou a tese de que “[é] vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”. 2. **Passados mais de trinta e três anos do advento da Constituição Federal, não houve a edição de tal lei complementar. Ademais, a inércia deliberandi pode configurar omissão passível de ser reputada inconstitucional no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação.** Precedente: ADI nº 3.682/DF. 3. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente, declarando-se a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal e estabelecendo-se o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de**

¹³ Art. 3º [...]

1º - A transmissão de propriedade ou domínio útil de bem imóvel e de direito a ele relativo, situado no Estado, sujeita-se ao imposto, ainda que o respectivo inventário ou arrolamento seja processado em outro Estado, no Distrito Federal ou no exterior; e, no caso de doação, ainda que doador, donatário ou ambos não tenham domicílio ou residência neste Estado.

juízo do mérito, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão. (STF - ADO: 67 DF 0053127-26.2021.1.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/06/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/06/2022) (*grifei*)

O referido acórdão, proferido em 06 de junho de 2022, tendo como relator o Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade por omissão em razão da *inertia deliberandi* do poder legislativo ao não editar a lei complementar exigida pelo artigo 155, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal. A decisão estabeleceu, ainda, o prazo de 12 meses, a contar da data da publicação, para que o congresso nacional tomasse as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão. Menciono, a título de informação, que até a data do presente estudo a referida lei complementar ainda não foi editada.

Sobre o acórdão acima, comenta Cury (2022, p. 79):

Sucedo que em julgamento de 06/06/2022 o STF julgou a ADO nº 67, reconhecendo a *inertia deliberandi* do Congresso na edição de Lei Complementar para disciplina do art. 155, § 1º, inciso III, da CF; nesta oportunidade, apenas se fixou prazo de 12 meses contados da sessão de julgamento para que o Poder Legislativo colmatasse a omissão: nenhuma consequência ou mecanismo supletivo de regência se estabeleceu para o caso de o Congresso deixar de cumprir tal comando. A nosso ver, ao não estabelecer expressamente um regime supletivo da omissão legislativa para o caso de desatendimento pelo Congresso do prazo concedido, perdeu o STF a chance de dar maior eficácia à ADO [...].

E completa o autor:

A hodierna orientação da Corte Suprema nos casos de ADO vem no sentido de estabelecer normas gerais regentes da situação, o que se prestaria como uma solução concreta à indefinição então vigente até que sobrevenha a lei complementar exigida pela Constituição; contudo, [...] o julgamento da ADO nº 67 apenas estabeleceu ao Congresso prazo para colmatação da omissão legislativa sem estabelecimento exposto de qualquer regime supletivo em caso de seu desatendimento (CURY, 2022, p. 119).

Portanto, conforme a ideia exposta pelo autor, temos que, apesar da decisão da Suprema Corte, esta pode não surtir o efeito esperado, uma vez que, ainda que haja um prazo estabelecido para que o Congresso supra a omissão declarada, esse prazo não vem acompanhado da previsão de nenhum tipo de medida supletiva em caso de sua inobservância, podendo resultar, após o decurso do prazo, na ineficiência da medida, com a consequente manutenção da situação atual de insegurança jurídica.

Estabelecidas as considerações acima, uma última questão relevante a ser abordada acerca do tema é a conexão deste com a tributação das transmissões da *holding* via *causa mortis* ou doação.

Nesse sentido, sendo a *holding* transmitida por meio de quotas sociais, as quais são consideradas bens móveis, sua transmissão não entra na hipótese de exceção relativa aos bens imóveis, conforme visto acima¹⁴.

Sendo assim, tendo em vista os entendimentos atuais do STF citados acima, a transmissão das quotas sociais da *holding* pela *causa mortis* ou doação, nos casos em que houver conexão com o exterior, serão consideradas inconstitucionais, ao menos até o advento de uma lei complementar apta a solucionar o tema.

4.1.3 Critério temporal

Passando ao estudo do critério temporal, como o último dos critérios a serem analisados na proposição antecedente da Regra Matriz de Incidência Tributária, surge aqui uma busca pelo momento em que nasce a obrigação tributária. Ou seja, o referido critério tem como base a delimitação do fato que, ocorrendo, dá origem à um direito/dever do Estado de exigir de determinado sujeito uma prestação pecuniária não sancionatória.

Nas lições de Carvalho (1998, p. 134):

Tendo presente esta premissa, havemos de conceituar o critério temporal das hipóteses tributárias como aquele conjunto de elementos que nos permite identificar a condição que atua sobre determinado fato (também representado abstratamente – critério material), limitando-o no tempo [...] Basta dizer que define o momento em que nasce aquele vínculo jurídico disciplinador de comportamentos humanos. Seu exato conhecimento importa determinar, com precisão, em que átimo surge o direito subjetivo público de o Estado exigir de alguém prestações pecuniárias, por força do acontecimento de um fato lícito, que não um concerto de vontades.

Superada a premissa conceitual a respeito do critério temporal das obrigações tributárias, surge a necessidade de que se estabeleça a ligação entre este e o tributo aqui analisado, o ITCMD.

¹⁴ A exceção aqui mencionada diz respeito à tributação pelo ITCMD da transmissão dos bens imóveis localizados no Brasil, ainda que o domicílio ou residência do doador, bem como, o local de residência ou processamento do inventário do de cujus se dê no exterior. Tal situação tem fundamento no artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 10.705/2000.

De início, em busca da melhor compreensão do critério temporal do ITCMD, convém estabelecer a divisão da análise proposta em dois momentos, sendo: (1) critério temporal do ITCMD na modalidade “*causa mortis*” e; (2) critério temporal do ITCMD na modalidade “doação”.

Iniciando pela análise do critério temporal do ITCMD na modalidade “*causa mortis*”, tem-se que este se materializa com a abertura da sucessão, assim dizendo, no momento da morte do *de cujus*.

Tal entendimento está relacionado com o princípio da *saisine*, o qual encontra guarida nos artigos 1.784 do Código Civil, que dispõe: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Por entendimento é possível concluir, traçando-se uma sequência lógica que ocorrendo o evento morte do *de cujus* abre-se, conseqüentemente, a sucessão. Com a abertura da sucessão, a herança é automaticamente transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários. Transmitindo-se a herança aos herdeiros, ocorre o fato gerador do imposto, por disposição do artigo 2º, inciso I, da Lei 10.705/2000¹⁵, restando materializado, assim, o critério temporal deste.

Cumprido ressaltar, ainda, observações a respeito da aceitação da herança, bem como, da renúncia desta. No primeiro caso, a aceitação é irrelevante para fins de delimitação do critério temporal do ITCMD, uma vez que se trata apenas de mero exaurimento – tomando emprestado o termo do direito penal – da transmissão já ocorrida no momento da morte do *de cujus*.

Já no segundo caso, havendo a renúncia da herança por parte de algum (ou alguns) dos herdeiros, esta também não influenciará no critério temporal do ITCMD com relação à transmissão feita aos demais herdeiros, uma vez que há de se analisar a renúncia desde a origem da transmissão. Dessa forma, com relação ao herdeiro renunciante, a transmissão para este entende-se como não ocorrida, não podendo, assim, produzir efeitos.

Ambas as situações narradas acima têm fundamento, respectivamente, no *caput* e parágrafo único, do artigo 1.804, do Código Civil¹⁶.

¹⁵ Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido: I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória; [...]

¹⁶ Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.
Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

Nesse sentido leciona Cury (2022, p. 231):

Vale rememorar que a aceitação da herança, que pode ser tácita, não influi na questão temporal em apreço. A transmissão ocorre imediatamente, sendo a aceitação da herança apenas elemento a torná-la definitiva, reportando-se à data de abertura da sucessão. Igualmente a renúncia, acaso formalizada, reporta-se à abertura da sucessão, de maneira a se considerar não realizada a transmissão a causa de morte (art. 1.804 do CC).

Compreendido, assim, o critério temporal do ITCMD na modalidade “*causa mortis*”, o presente estudo passa a análise do referido critério em relação à segunda modalidade do imposto, qual seja, a doação.

A doação encontra fundamentação jurídica no artigo 538 do Código Civil, que estabelece: “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Com relação aos elementos essenciais do contrato de doação, dispõe Gonçalves (2022, p. 302):

Do conceito legal ressaltam os seus traços característicos: **a) a natureza contratual; b) o animus donandi, ou seja, a intenção de fazer uma liberalidade; c) a transferência de bens para o patrimônio do donatário; e d) a aceitação deste.** [...] (*grifei*).

Portanto, pela interpretação enunciada pelo autor, tem-se que a doação é composta por quatro elementos essenciais, quais sejam: (I) a natureza contratual; (II) o *animus donandi*, na forma de elemento subjetivo; (III) transferência de bens, na forma de elemento objetivo e, por fim; (IV) a aceitação.

Assim, o critério temporal do ITCMD na modalidade “doação”, em observância ao artigo 116 do CTN¹⁷, se dará no momento em que estiverem presentes todos os elementos necessários para que a relação jurídica (doação) produza os seus regulares efeitos.

¹⁷ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

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

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

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

Em busca de uma melhor compreensão do tema, deve ser estabelecida uma divisão do critério temporal do ITCMD nos casos de doação em duas hipóteses, quais sejam: (1) o critério temporal do ITCMD nas doações de bens imóveis e; (2) o critério temporal do ITCMD nas doações de bens móveis.

Na primeira hipótese, em se tratando das doações de bens imóveis, o critério temporal leva em consideração a exigência estabelecida pelo Código Civil, em seu artigo 1.245¹⁸, para que seja levada a efeito a transferência dos bens imóveis, qual seja, o registro em Cartório de Registro de Imóveis.

Nesse sentido, dispõe Cury (2022, p. 196-197):

Temos que a exigência do tributo na lavratura de escrituras de doação não coaduna com o critério temporal da regra-matriz do ITD. **Apenas quando do registro de tal escritura junto ao registro imobiliário é que se aperfeiçoa o fato jurídico tributário de transmissão**, nos termos do já referido art. 1.245 do CC [...] (*grifei*)

Com relação à doação de bens móveis, por outro lado, segue-se a regra do artigo 1.267, do Código Civil¹⁹, o qual determina que a propriedade dos bens dessa natureza somente se transfere com a tradição.

Assim, feita a análise dos dois momentos em que se materializa o critério temporal do ITCMD (na *causa mortis* e na doação), resta esclarecido o momento do fato em que, a partir de sua ocorrência, surge a obrigação tributária do contribuinte para com o Estado.

4.1.3.1 Critério temporal do ITCMD na transmissão da holding

Por fim, na intenção de entrelaçar o tema abordado acima com o objeto principal do presente estudo, convém esclarecer, de maneira especificada, a delimitação do critério temporal do ITCMD em se tratando das transmissões da *holding* pela *causa mortis* ou doação.

¹⁸ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

¹⁹ Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Inexistem, contudo, controvérsias relevantes com relação ao critério temporal do ITCMD nos casos de transmissão da *holding*, de modo que a delimitação do critério temporal se dará nos moldes estudados acima.

Assim, na transmissão *causa mortis*, as quotas sociais da *holding* serão transmitidas aos herdeiros no momento imediato da abertura da sucessão, ou seja, no momento do falecimento do *de cuius*, de acordo com o princípio da *saisine*. Nesse momento, conseqüentemente, ocorrerá o fato gerador, restando materializado o critério temporal do imposto.

Por outro lado, na hipótese de transmissão pela doação, sendo as quotas sociais da *holding* bens móveis, será considerado como materializado o critério temporal do ITCMD no momento da tradição destas.

Ocorre que, a tradição destas, assim entendida como o momento em que as quotas sociais saem do patrimônio do doador em direção ao patrimônio do donatário, se dá no próprio momento em que celebrado o contrato de doação.

Ou seja, celebrado o contrato de doação das quotas sociais da *holding* entre doador e donatário, restam configurados todos os elementos essenciais ao reconhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto naquela situação (liberalidade, *animus donandi*, transferência de patrimônio e aceitação), materializando, conseqüentemente, o critério temporal do ITCMD²⁰.

4.2 Na Proposição Consequente

Estabelecida a classificação dos critérios da proposição antecedente, o presente estudo passa a uma análise dos critérios que completam a regra matriz de incidência tributária (RMIT), sendo esses, os da proposição consequente.

Conforme já abordado, a proposição consequente diz respeito aos critérios de definição do vínculo que estabelece a relação jurídica tributária entre o fisco/Estado e o contribuinte como consequência da ocorrência de um fato gerador previamente ocorrido e identificado (e classificado pelos critérios do antecedente).

²⁰ Existe, contudo, um segundo entendimento, o qual sustenta que a transferência de propriedade das quotas sociais ocorre somente após o efetivo registro do contrato de doação junto ao órgão competente (Junta Comercial). Sendo assim, de acordo com essa corrente, o critério temporal do ITCMD na modalidade doação, especificamente em se tratando de doações das quotas sociais da *holding*, somente restaria materializado após efetivado o referido registro na Junta Comercial.

Nesse sentido, a divisão dos critérios se dará em: (a) critério pessoal, o qual se subdivide em: (a.1) sujeito ativo e (a.2) sujeito passivo e; (b) critério quantitativo, subdividindo-se em: (b.1) base de cálculo e (b.2) alíquota.

Nas lições de Carvalho (1998, p. 161):

Compreendidos na categoria ampla das relações jurídicas, mais precisamente naquelas de natureza obrigacional, os vínculos jurídicos tributários haverão de ser examinados mediante a análise de dois critérios apenas: a) o critério pessoal, que servirá para reconhecermos os sujeitos (ativo e passivo) da relação; e b) o critério quantitativo, que nos possibilitará determinar o conteúdo do dever jurídico a ser cumprido pelo sujeito passivo.

Assim, estabelecida a divisão a ser seguida para a melhor classificação dos critérios do consequente, passa-se a uma análise dos elementos principais de cada um desses critérios na incidência do ITCMD.

4.2.1 Critério subjetivo (ou pessoal)

Dando abertura ao estudo da proposição consequente, a presente pesquisa traz ao debate o estudo do critério subjetivo do ITCMD. Tal análise permitirá compreender quem são os sujeitos da relação que se estabeleceu, por meio de análises separadas daquele que é competente para exigir o tributo (sujeito ativo), bem como, daquele sobre quem recai o encargo de pagar o tributo (sujeito passivo).

4.2.1.1 Sujeito ativo

Feita a introdução acima, passa-se, como uma primeira parte do critério subjetivo da obrigação tributária, ao estudo do sujeito ativo do ITCMD, em busca de reconhecer o sujeito competente para estabelecer e cobrar o referido imposto.

Nesse sentido, o artigo 155, inciso I, da Carta Magna, traz em seu corpo o seguinte mandamento: “Art. 155. **Compete aos Estados e ao Distrito Federal** instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...]”. (*grifei*).

Determinada, portanto, a competência para instituição e cobrança do imposto mencionado, surge o questionamento, em se tratando de lei tributária, da competência a respeito das definições a respeito da alíquota deste.

Para solucionar tal dúvida, o mesmo artigo 155, da CF, em seu parágrafo 1º, inciso IV, traz a seguinte redação: “Art. 155 [...] § 1º O imposto previsto no inciso I: [...] **IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;** [...]”. (grifei)

Desta forma, seguindo os dizeres da Constituição Federal, podemos estabelecer que caberá a cada um dos Estados da Federação instituir e cobrar impostos com relação à transmissão de bens (móveis ou imóveis) e direitos em decorrência de *causa mortis* ou doações.

Sobre o tema, dispõe Carvalho (1998, p. 163-164):

O sujeito ativo da relação jurídica tributária é, por via de regra, o Estado, entendido, naturalmente, no seu sentido lato. [...] Na conformidade do que foi exposto, os próprios elementos que perfazem o critério pessoal da consequência das endonormas tributárias tem o condão de precisar o sujeito ativo do vínculo obrigacional, sem que haja mister da ocorrência do fato que lhe é imputado, normativamente.

Os Estados, no entanto, ficam limitados às normas estabelecidas pelo Senado Federal, a quem foi designada a competência para tratar das alíquotas máximas do referido tributo – conforme será especificado mais adiante.

Estabelecendo uma conexão da presente análise com o objeto principal do presente trabalho, temos que, partindo da premissa de que a transmissão da *holding* se dá por meio da transmissão das quotas sociais desta e, tendo em vista que tais quotas são consideradas bens móveis, incide, nesse caso, a competência definida pelo parágrafo 1º, inciso II, do artigo 155, da CF, mencionado acima, senão vejamos:

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

[...]

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal; [...].

Portanto, reconhecido quem será o sujeito ativo da relação tributária atinente ao ITCMD, sendo este o Estado (ou Distrito Federal), nos termos definidos em lei, bem como, demonstrada a ligação direta entre esse sujeito ativo e a tributação da transmissão da *holding* pela *causa mortis* ou doação, passa-se ao segundo elemento do critério subjetivo, qual seja o sujeito passivo.

4.2.1.2 Sujeito passivo

Na sequência do estudo do critério subjetivo, a análise recai sobre a sujeição passiva do imposto, objetivando esclarecer quem são considerados os contribuintes no caso das transmissões *causa mortis* e doações.

Tratando do conceito de sujeito passivo, dispõe Carvalho (1998, p. 165): “Sujeito passivo da relação jurídica tributária é a pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, de quem será exigido o cumprimento da prestação pecuniária, caracterizada como de natureza fiscal”.

Especificamente sobre o ITCMD, a Lei 10.705/2000, em seu artigo 7º, considera como contribuintes (sujeito passivo) do imposto:

Artigo 7º - São contribuintes do imposto:

I - na transmissão "causa mortis": o herdeiro ou o legatário;

II - no fideicomisso: o fiduciário;

III - na doação: o donatário;

IV- na cessão de herança ou de bem ou direito a título não oneroso: o cessionário.

Na sequência, tal dispositivo estabelece, em seu parágrafo único²¹, uma hipótese excepcional relacionada ao seu inciso III, determinando que, nos casos que tiverem como fato gerador a doação, aliados ao fato de o donatário residir fora do Estado de São Paulo, o imposto terá como sujeito passivo o doador.

Conclui-se, portanto, com relação ao sujeito passivo do ITCMD, que são entendidos como contribuintes deste o herdeiro, nos casos de transmissão *causa mortis*, bem como, nos casos de transmissão pela doação, o donatário.

Em se tratando, mais especificamente, dos casos de transmissão das quotas sociais da *holding*, tem-se que estas, em regra, são transmitidas pelos ascendentes aos descendentes, seja em decorrência da *causa mortis* (no momento do falecimento dos ascendentes) ou de doação feita por aqueles a estes. Assim sendo, não restam dúvidas quanto ao fato de que o ônus de adimplemento da obrigação tributária recairá sobre o(s) sucessor(es), na figura de herdeiros ou donatário(s) das quotas sociais.

²¹ Art. 7º [...]

Parágrafo único - No caso do inciso III, se o donatário não residir nem for domiciliado no Estado, o contribuinte será o doador.

Nada impede, ainda, que a exceção tratada acima nos casos de doação (artigo 7º, parágrafo único, da Lei 10.705/2000) atinja também o doador das quotas sociais da *holding*, fazendo com que o contribuinte (sujeito passivo) não mais seja o donatário, mas sim, o doador.

4.2.2 Critério quantitativo

Passando à análise do último dos critérios da Regra Matriz de Incidência do ITCMD, o presente estudo se debruça sobre o critério quantitativo do referido imposto, em busca de entender quais são os elementos adotados como base para a correta determinação do valor (em pecúnia) a ser pago pelo contribuinte ao Estado em decorrência da obrigação tributária.

Conforme dispõe Carvalho (1998, p. 170):

Pois bem, a esses elementos que o legislador faz inserir na consequência das endonormas tributárias e que, em seu conjunto, nos permite precisar o conteúdo da prestação que haverá de ser cumprida pelo sujeito passivo, damos o nome critério quantitativo.

Com relação às diferentes formas de estabelecer o critério quantitativo, prossegue o autor:

Dois caminhos se abrem ao legislador, quando se propõe editar endonorma tributária: a) ou estabelece importância determinada, precisando, desde logo, o conteúdo do dever jurídico a ser cumprido pelo sujeito passivo (caso dos tributos fixos, por exemplo: taxa em que o valor cobrado é igual para todos - CR\$ 30,00; ou imposto sobre serviços de profissional liberal - dois salários mínimos); b) **ou se preocupa em dimensionar a materialidade do fato jurídico tributário, estipulando uma grandeza que lhe seja ínsita e que, conjugada a outro fator numérico, possa determinar o "quantum" devido.** A opção é incontornável: ou estatui arbitrariamente a quantia que deve ser cobrada pelo titular do direito subjetivo ou busca a mensuração do próprio fato, mediante grandezas que institui. São essas as técnicas genéricas de estabelecimento do conteúdo do dever jurídico, nos liames obrigacionais de índole tributária.

No primeiro caso, estipulação pelo legislador de valor certo e determinado, que constituirá a expressão monetária do dever jurídico a cargo do sujeito passivo, estamos, verdadeiramente, diante de esquema normativo mais simples, pouco informativo, de mais fácil interpretação, menos incontroverso e, talvez por tudo isso, mais inadequado para a realização dos princípios de justiça tributária. **A segunda alternativa, porém, requerendo dados mais técnicos e precisos, enriquecida por um tratamento normativo mais amplo, pode tornar-se meio eficaz para a distribuição uniforme e igualitária dos gravames fiscais.** (CARVALHO, 1998, p. 170-171). *(grifei)*

Cumpra aqui ressaltar que, em se tratando de uma análise específica do critério quantitativo acerca do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), o presente estudo concentrará seus esforços na segunda forma de estabelecimento do referido critério mencionada pelo autor.

Com efeito, a referida alternativa se apresenta como sendo uma conjugação de dois fatores que, reunidos em uma fórmula matemática, alcançam um valor em dinheiro, o qual representará a quantia a ser paga a título do imposto. Esses dois fatores são: (1) A Base de Cálculo e; (2) A Alíquota.

Nas lições de Carvalho (1998, p. 171):

Com efeito, sempre que o legislador pretenda medir a intensidade daquele "comportamento", limitado no tempo e no espaço, constitui uma grandeza que se reveste de enorme significação para o Direito Tributário, posta também sua função adiáfora de confirmar o verdadeiro critério material da hipótese endonormativa - a base de cálculo. Não basta, todavia, uma grandeza mensuradora daquele "comportamento" que se situa no núcleo do fato jurídico tributário, para que se tenha determinado o específico conteúdo do dever jurídico. Impõe-se, ainda, a definição de outro fator que lhe seja aplicável, a fim de que, combinados, possamos conhecer o valor pecuniário da prestação de dar. A esse segundo fator designamos de alíquota.

Assim, nas lições do autor, a base de cálculo e a alíquota são dois fatores que dialogam entre si, possibilitando a mensuração específica do dever jurídico imposto por meio da obrigação tributária.

Nesse sentido, a fórmula adotada para o cálculo do ITCMD é composta por meio da multiplicação da base de cálculo do imposto (R\$) pela alíquota deste (%). O resultado alcançado será o montante do imposto a ser pago pelo contribuinte (R\$). Portanto, temos que: Base de Cálculo (R\$) x Alíquota (%) = valor do imposto (R\$) (CONTÁBEIS, 2021).

Portanto, feita uma primeira análise, em caráter amplo, do critério quantitativo do ITCMD, passamos a um estudo de maneira específica de cada um dos fatores que compõe a fórmula deste.

4.2.2.1 Base de cálculo

Dando prosseguimento ao estudo do critério quantitativo do ITCMD, a base de cálculo surge como o primeiro fator da fórmula de liquidação da obrigação tributária (base de cálculo x alíquota = valor do imposto).

Nas lições de Carvalho (2019, p. 413):

Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo. A versatilidade categorial desse instrumento jurídico se apresenta em três funções distintas: a) medir as proporções reais do fato; b) compor a específica determinação da dívida; e c) confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma.

Portanto, nas lições do autor, temos que a base de cálculo pode ser definida como uma grandeza a ser adotada como base de um determinado cálculo matemático. Ou seja, trata-se de um valor determinável previamente estabelecido em lei, o qual, combinado a uma alíquota, determinará o valor da prestação pecuniária a ser adimplida pelo contribuinte (sujeito passivo).

Tecidas as devidas observações conceituais a respeito da base de cálculo, passamos ao estudo da relação desta com o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD.

Inicialmente, a base de cálculo do ITCMD foi estabelecida pelo Código Tributário Nacional. O artigo 38 do CTN dispõe: “Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos”.

Tomando como base as disposições da Lei Federal mencionada, o Estado de São Paulo, ao editar a sua Lei Estadual sobre o ITCMD, também estabeleceu a regra geral para a base de cálculo desse imposto no âmbito paulista. Nesse sentido, o artigo 9º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei 10.705/2000, dispõem:

Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, **considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. (grifei)**

Assim, as disposições dos artigos mencionados acima estabelecem, de maneira comum que, como regra geral, a base de cálculo a ser adotada para liquidação do ITCMD será “o valor venal dos bens ou direitos transmitidos”.

Ademais, com relação à correta interpretação a ser adotada para o termo “valor venal”, o parágrafo 1º do artigo 9º mencionado acima estabelece que deve ser

considerado o “valor de mercado do bem ou direito” no momento da abertura da sucessão ou da realização do contrato de doação.

Nesse sentido são as lições de Sabbag (2017, p. 1605):

Consoante a dicção do art. 38 do CTN, a base de cálculo será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos e da doação. Em princípio, representará o valor de mercado do bem objeto da transmissão, não devendo superá-lo. O cálculo é feito sobre o valor dos bens na data da avaliação, observada a alíquota vigente na data da abertura da sucessão.

Cumpra aqui ressaltar que o artigo 9º da Lei 10.705/2000²² estabelece uma regra geral com relação à base de cálculo, a qual será aplicada tanto aos bens móveis quanto aos imóveis.

Nesse sentido, a fim de complementar a regra geral estabelecida, a mesma lei ainda traz disposições específicas acerca da definição da base de cálculo com relação aos diferentes tipos de bens.

Com relação aos bens imóveis, estas disposições se encontram no artigo 13 da Lei 10.705/2000, que dispõe:

Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:
 I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;
 II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR. *(grifei)*

No mais, com o intuito de regulamentar o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD, o Estado de São Paulo, em 01 de abril de 2002, editou o Decreto nº 46.655. Com relação à limitação da base de cálculo do ITCMD, o referido decreto dispõe, em seu artigo 16, inciso I, a seguinte redação:

Artigo 16 - O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705 /00, art. 13):
 I - em se tratando de:
 a) urbano, não inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;
 b) rural, não inferior ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;
 [...]

²² Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

Assim, os referidos dispositivos estabelecem uma limitação mínima para a base de cálculo do ITCMD. Nesses termos, a base de cálculo não poderá ser inferior ao valor de lançamento do IPTU, em se tratando de imóveis urbanos, bem como; não poderá ser inferior ao valor de lançamento do ITR, nos casos de imóveis rurais.

Desta forma, restam esclarecidas as disposições específicas trazidas pela lei paulista do ITCMD a respeito da apuração da base de cálculo nos casos de bens imóveis.

Com relação às disposições específicas trazidas pela lei paulista para regulamentar a apuração da base de cálculo do ITCMD no caso dos bens móveis, o artigo 14 da Lei 10.705/2000 traz a seguinte redação:

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

§ 1º - À falta do valor de que trata este artigo, admitir-se-á o que for declarado pelo interessado, ressalvada a revisão do lançamento pela autoridade competente, nos termos do artigo 11.

§ 2º - O valor das ações representativas do capital de sociedades é determinado segundo a sua cotação média alcançada na Bolsa de Valores, na data da transmissão, ou na imediatamente anterior, quando não houver pregão ou quando a mesma não tiver sido negociada naquele dia, regredindo-se, se for o caso, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

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

Nesse sentido, em se tratando da base de cálculo dos bens móveis, o artigo 14 e seus parágrafos 1º a 3º, mencionados acima, estabelecem disposições específicas para a apuração desta, dispondo que serão considerados “o valor corrente de mercado” desses bens na data da transmissão ou do ato translativo.

Vale novamente lembrar que a base de cálculo dos bens móveis segue a regra geral do artigo 9º, da Lei 10.705/2000²³, de modo que as disposições do artigo 14 acima tratam da apuração da base de cálculo nas hipóteses específicas de bens móveis e direitos não abrangidos por esta regra.

Assim, expostas as principais disposições vigentes na legislação federal e estadual acerca da base de cálculo do ITCMD, o presente estudo abordará, de

²³ Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

maneira aprofundada, a principal controvérsia que cerca o tema, sendo esta a divergência decorrente de alterações na legislação do ITCMD com relação ao valor a ser adotado como base de cálculo desse imposto.

4.2.2.1.1 Controvérsia a respeito da base de cálculo do ITCMD

Adentrando diretamente ao estudo da controvérsia em torno da base de cálculo do ITCMD, cumpre aqui ressaltar que esta diz respeito, de maneira direta, apenas à base de cálculo do ITCMD em se tratando de bens imóveis, não alcançando, *a priori*, o cálculo do imposto sobre bens móveis²⁴.

Assim, passando ao primeiro ponto de controvérsia da questão aqui discutida, temos que este se deve às disposições dos artigos 13 da Lei 10.705/2000²⁵ e 16 do Decreto 46.655/02²⁶, ambos mencionados acima.

Isso porque, com base na redação destes artigos, surge o entendimento de que a base de cálculo do ITCMD nos casos de transmissão de bens imóveis seria o valor fixado para o lançamento do IPTU, uma vez que tais dispositivos, inseridos no próprio ordenamento regulamentador do ITCMD, autorizariam o contribuinte a pagar o imposto adotando essa base de cálculo.

Vale mencionar que o pagamento do imposto tendo como base o valor de lançamento do IPTU representaria uma hipótese deveras favorável ao contribuinte, uma vez que, em regra, este representa uma grande defasagem se comparado ao valor de mercado daquele bem.

²⁴ Veremos, mais adiante, que a referida discussão produz efeito, de maneira indireta, em algumas situações específicas com relação aos bens móveis, em especial, em se tratando das possíveis formas de avaliação das quotas sociais das empresas.

²⁵ Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:
I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;
II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR.

²⁶ Artigo 16 - O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705/00, art. 13):

I - em se tratando de:

a) urbano, não inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

b) rural, não inferior ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR ;

II - o valor pago pelo "de cujus" até a data da abertura da sucessão, quando em construção;

III - o valor do crédito existente à data da abertura da sucessão, quando comprometido à venda pelo "de cujus".

A controvérsia mencionada, portanto, diz respeito sobre qual seria a interpretação correta a ser adotada para as disposições do ordenamento jurídico vigente em matéria de ITCMD a respeito da base de cálculo do imposto, em especial nos casos de bens imóveis.

Nesse sentido, um primeiro posicionamento defende que a interpretação correta seria aquela prevista no artigo 9º, caput e parágrafo 1º, da Lei 10.705/2000²⁷, o qual estabelece como base de cálculo o “valor venal” do bem, sendo este entendido como o “valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação”.

Por outro lado, um segundo posicionamento defende que o legislador, ao editar os artigos 13 da Lei 10.705/2000²⁸ e 16 do Decreto 46.655/2002²⁹, permitiu ao contribuinte que optasse pelo recolhimento do tributo tomando como base de cálculo os valores de lançamento do IPTU (imóveis urbanos) ou ITR (imóveis rurais).

Na tentativa de solucionar essa questão, o Governo do Estado de São Paulo, em 09 de novembro de 2009, editou o Decreto Estadual nº 55.002, o qual alterou as disposições do Decreto 46.555/02 acerca da base de cálculo do ITCMD.

Nesse sentido, o artigo 1º do Decreto 55.002/09 dispõe:

Artigo 1º - Passa a vigorar com a redação que se segue o parágrafo único do artigo 16 do Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis"

²⁷ Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. [...]

²⁸ Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:
I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;
II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR. (grifos originais)

²⁹ Artigo 16 - O valor da base de cálculo, no caso de bem imóvel ou direito a ele relativo será (Lei 10.705 /00, art. 13):

I - em se tratando de:

a) urbano, não inferior ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

b) rural, não inferior ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR ;

II - o valor pago pelo "de cujus" até a data da abertura da sucessão, quando em construção;

III - o valor do crédito existente à data da abertura da sucessão, quando compromissado à venda pelo "de cujus".

Parágrafo único - Em se tratando de imóvel rural, poderão ser adotados os valores médios da terra-nua e das benfeitorias divulgados pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigentes à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado.

e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - RITCMD, aprovado pelo Decreto 46.655, de 1º de abril de 2002:

Parágrafo único - Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel:

1 - rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado;

2 - urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea a do inciso I, **sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso. (grifei)**

Assim, a disposição do artigo acima resolvia, a princípio, a questão acerca da base de cálculo a ser adotada para a liquidação do valor do ITCMD, uma vez que estabelecia um critério fixo do qual o fisco (sujeito ativo) podia se valer para exigir o imposto do contribuinte (sujeito passivo), sendo este o “valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI divulgado ou utilizado pelo município” competente para fins de lançamento deste, vigente à data da ocorrência do fato gerador.

Tal disposição representaria, em regra, um valor a ser adotado para a base de cálculo mais próximo ao efetivo “valor de mercado” do bem imóvel, uma vez que se trata de um valor mais atualizado, calculado pelo município competente para lançamento do ITBI.

Ocorre que, com a edição do Decreto Estadual 55.002/09 mencionado acima, surge um novo entendimento no sentido de que o conteúdo do referido decreto não pode produzir efeitos, uma vez que suas disposições vão de encontro a normas constitucionais e federais (CTN).

Nesse sentido, dispõe o artigo 150, inciso I, da Carta Magna: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]**” (grifei).

Por sua vez, o artigo 97, inciso II, do Código Tributário Nacional traz em seu corpo:

Art. 97. **Somente a lei** pode estabelecer: [...]

II - **a majoração de tributos, ou sua redução**, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; [...]

IV - **a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo**, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; [...] (grifei)

Portanto, por meio de uma análise em conjunto dos dispositivos mencionados com a redação dada pelo Decreto Estadual 55.002/09, a corrente citada acima entende que há inconstitucionalidade formal no conteúdo do referido decreto, uma vez que a tanto a majoração quando a redução de tributos e, particularmente, a definição da base de cálculo destes, somente pode ser feita por meio de lei, sendo vedada sua realização por meio de decreto.

Melhor elucidando, de acordo com esse entendimento, a utilização do valor venal de referência do ITBI em detrimento do valor de lançamento do IPTU, para fins de base de cálculo do ITCMD, nos termos trazidos pelo decreto acima, representaria uma hipótese de majoração de um tributo (ITCMD) instituída por meio de um instrumento normativo diferente de lei (decreto), situação expressamente vedada pela Constituição Federal.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP):

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO NÃO ONEROSA (“ITCMD”). BEM IMÓVEL. VALOR VENAL. Utilização do valor fixado para lançamento do IPTU como base de cálculo mínima. Impossibilidade de adoção da base de cálculo do ITBI, nos termos do Decreto Estadual nº 55.002/09. Ilegalidade do referido decreto à luz do art. 150, I, da Constituição Federal e do art. 97, II e IV, §1º, do CTN. Ofensa ao princípio da legalidade. Possibilidade, contudo, de instauração de procedimento administrativo para arbitramento da base de cálculo pela Fazenda Pública, assegurados ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, desde que tal prerrogativa não seja exercida pelo Fisco com base no Decreto ilegal. Sentença mantida. Reexame necessário parcialmente provido. (TJ-SP - Remessa Necessária Cível: 10517880820228260053 São Paulo, Relator: Eduardo Prata, Data de Julgamento: 20/04/2023, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/04/2023) (grifei)

Assim, tendo em vista a atual jurisprudência do TJ-SP a respeito do tema, tem-se que o entendimento majoritário aponta para a impossibilidade de utilização do valor venal de referência do ITBI para fins de base de cálculo do ITCMD, ante a ilegalidade do Decreto Estadual nº 55.002/09.

Ainda, entende-se que é legítima a utilização do valor de lançamento do IPTU, desde que adotado como limitação mínima da base de cálculo na liquidação do imposto, não se confundindo, contudo, com o valor a ser adotado para esta.

Por fim, a segunda instância da jurisprudência paulista entende pela possibilidade de instauração de procedimento administrativo por parte da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo para fins de arbitramento da base de cálculo, nos casos em que o valor declarado pelo contribuinte se prove incompatível com as práticas comuns do mercado, desde que assegurados ao contribuinte a ampla defesa e o contraditório. Tal procedimento, ainda, fica sujeito a homologação pelo judiciário.

Com relação ao arbitramento, este encontra fundamentação legal por meio do artigo 148, do Código Tributário Nacional:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Especificamente com relação à possibilidade de arbitramento no contexto do ITCMD, o artigo 11, *caput*, da lei 10.705/2000 dispõe:

Artigo 11 - Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná-lo.

Acerca do procedimento de arbitramento da base de cálculo por parte do órgão fazendário, temos que este exige dois requisitos essenciais, sendo eles: (1) os valores declarados pelo contribuinte a título de base de cálculo sejam incompatíveis com as práticas comuns do mercado e; (2) devem ser oportunizados ao contribuinte o exercício do seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa. Cumpridos esses requisitos, a possibilidade de sua aplicação é entendimento pacífico, restando superado qualquer tipo de debate a esse respeito.

Nesse sentido, inclusive entende o Superior Tribunal de Justiça - STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. **INOCORRÊNCIA. ITCMD. BASE DE CÁLCULO. DECLARAÇÃO INCOMPATÍVEL. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE.** ACÓRDÃO RECORRIDO. CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E RESPALDADO NA LEI LOCAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inexiste ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do

CPC/2015 quando o Tribunal de origem se manifesta de modo fundamentado acerca das questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, porquanto julgamento desfavorável ao interesse da parte não se confunde com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. **2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que o valor venal a que se refere o art. 38 do CTN, base de cálculo do imposto de transmissão, é o real valor de venda do bem, o qual pode coincidir com o valor de mercado, não se confundindo com o valor venal adotado para fins de IPTU ou ITR, cuja incidência se dá sobre o valor estaque da propriedade. 3. O fisco está autorizado à realização de lançamento suplementar, nos termos dos arts. 148 e 149 do CTN, caso comprove a incompatibilidade do valor indicado pelo contribuinte ou sua declaração, por qualquer motivo, não se apresente idônea. 4. Hipótese em que o acórdão recorrido, adotando entendimento coincidente com as referidas diretrizes jurisprudenciais, assentou que a lei local contempla esse mesmo conteúdo normativo, no sentido de que a base de cálculo do ITCMD é o valor venal dos bens e direitos transmitidos, assim compreendido como aquele que corresponde ao valor de mercado, permitindo ao fisco que proceda ao arbitramento da base de cálculo quando o valor declarado pelo contribuinte seja incompatível com os preços usualmente praticados no mercado (art. 148 do CTN), de modo que a revisão desse entendimento esbarra, *in casu*, nos óbices estampados nas Súmulas 83 do STJ e 280 do STF. 5. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp: 1176337 SP 2017/0239842-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 01/06/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/06/2020) (grifei)**

Portanto, por meio da análise aqui proposta, pode-se concluir que, pelo entendimento atualmente vigente na jurisprudência, a base de cálculo do ITCMD não se confunde com o valor de lançamento do IPTU, servindo este apenas como limitação mínima para a base de cálculo.

Com relação ao valor de referência do ITBI, por outro lado, é vedada sua utilização como base de cálculo do ITCMD. É permitido ao fisco, no entanto, arbitrar a base de cálculo por meio de procedimento administrativo, desde que o valor declarado pelo contribuinte seja incompatível com as práticas comuns do mercado, bem como, deve ser respeitado o direito ao contraditório e ampla defesa.

4.2.2.2 Alíquota

Passando ao estudo do segundo fator que compõe o critério quantitativo do ITCMD, qual seja, a alíquota, tem-se que esta corresponde a uma grandeza que pode se apresentar sob diversas formas. Sua principal característica é a correlação com a base de cálculo a fim de que, ao final de uma determinada fórmula, seja alcançado o valor correspondente à obrigação tributária.

Nesse sentido, esclarece Carvalho (1998, p. 177):

A alíquota é o fator que se deve aplicar à base de cálculo para a obtenção da quantia que poderá ser exigida pelo sujeito ativo da relação. Seu estudo, ao contrário do que acontece com o da base de cálculo, não enseja considerações que afetem a estrutura do próprio vínculo obrigacional, dado seu caráter de mero elemento auxiliar do "quantum" tributário. Embora revista caracteres próprios, sua existência está intimamente ilaueada à base de cálculo, com a qual define a compostura numérica da dívida. De modo freqüente, apresenta-se sob a forma percentual, mas nada impede que apareça em termos fracionários ou, ainda mesmo, em dinheiro.

Com relação às diferentes formas por meio das quais a alíquota pode se apresentar, classifica Carvalho (2019, p. 424-425):

Infere-se do exposto que as alíquotas podem assumir duas feições: a) um valor monetário fixo, ou variável em função de escalas progressivas da base de cálculo (p. ex.: \$ 1,20 por metro linear, até 100 metros; \$ 2,40 por metro linear, de 100 a 300 metros, e assim por diante); ou **b) uma fração, percentual ou não, da base de cálculo (que neste caso será representada por quantia monetária). Aparecendo em forma de fração (b), a alíquota pode ser proporcional invariável (p. ex.: 1/25 da base de cálculo, seja qual for seu valor monetário);** proporcional progressiva (aumentando a base de cálculo, aumenta a proporção) ou proporcional regressiva (aumentando a base, diminui a proporção). Além disso, as alíquotas proporcionais progressivas podem aumentar por degraus ou escalões (caso do nosso IR — pessoa física) ou de maneira contínua e ininterrupta, até o limite máximo que a lei indicar. (*grifei*)

Nesse sentido, de acordo com a classificação exposta pelo autor, temos que a alíquota do ITCMD, nos moldes em que foi delimitada pelo Senado Federal e estabelecida pelo Estado de São Paulo, apresenta configuração em forma de *fração proporcional invariável*, uma vez que foi estabelecida em lei como uma porcentagem fixa da base de cálculo (4% - conforme veremos a seguir).

Conforme mencionado anteriormente, a competência para definição da alíquota do imposto de "transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos" foi atribuída ao Senado Federal, por mandamento da Constituição Federal, por meio de seu artigo 155, parágrafo 1º, inciso IV³⁰.

O Senado Federal, por sua vez, em exercício de sua atribuição constitucional, editou a Resolução 09/92, que, em seu artigo 1º, determina: "Art. 1º A

³⁰ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I: [...]

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

alíquota máxima do imposto de que trata a alínea a inciso I, do art. 155 da Constituição Federal será de **oito por cento**, a partir de 1º de janeiro de 1992” (*grifei*).

A mesma norma, ainda, em seu artigo 2^o³¹, estabelece que as alíquotas poderão ser progressivas, em razão do quinhão efetivamente recebido por cada herdeiro daquele patrimônio sobre o qual incide o imposto.

O Estado de São Paulo, por meio do artigo 16 da Lei 10.705/2000³², optou pelo índice de 4% (quatro por cento) a ser estabelecido como alíquota do ITCMD, correspondente à metade do limite máximo fixado pelo Senado Federal³³.

Conclui-se, portanto, que inexistem controvérsias relevantes acerca da alíquota como critério quantitativo do ITCMD. Isso porque, esta se apresenta como sendo parte da fórmula necessária para que seja atingido o *quantum* a ser exigido ao sujeito passivo pelo sujeito ativo da obrigação tributária, sendo tanto os seus parâmetros limitadores quanto o seu próprio índice expressamente estabelecidos no ordenamento nacional e estadual vigentes.

4.2.2.2.1 Comparação da alíquota do imposto paulista sobre transmissão *causa mortis* e doação com os demais Estados da Federação.

Finalizando a análise do critério quantitativo do ITCMD, o presente estudo propõe uma análise comparativa deste, especialmente em se tratando das diferentes alíquotas para o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação adotadas em outros Estados do Brasil.

Dando início à comparação proposta, serão apresentadas as diferentes legislações vigentes acerca da alíquota desse imposto nos Estados brasileiros. Para fins didáticos, será destacado um Estado de cada macrorregião, pontuando suas principais características e diferenças em comparação com a alíquota paulista.

Iniciando o estudo pela região Norte, destaca-se o Estado do Amazonas, cujo artigo 119, da Lei Complementar nº 19/1997, dispõe: “**Art. 119.** A alíquota do imposto é de 2% (dois por cento)”. (*grifo original*).

³¹ Art. 2º As alíquotas dos impostos, fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber, nos termos da Constituição Federal.

³² Artigo 16 - O imposto é calculado aplicando-se a alíquota de 4% (quatro por cento) sobre o valor fixado para a base de cálculo.

³³ Em 08 de fevereiro de 2023, o Governador do Estado de São Paulo (Tarcísio de Freitas) vetou o projeto de lei PL 511/2020, o qual previa a redução da alíquota do ITCMD de 4% (atual) para 0,5% nos casos de doação e 1% nas hipóteses de transmissão *causa mortis*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000331890>. Acesso em: 23 mar. 2023.

Pela redação do referido dispositivo tem-se que, assim como no Estado de São Paulo, a lei amazonense estabeleceu uma alíquota única para ambas as hipóteses de incidência, pouco importando para essa finalidade se o imposto incide sobre a transmissão de bens ou direitos pela *causa mortis* ou pela doação.

Por outro lado, o principal destaque da referida legislação é o ato legislativo adotado para tal. Isso porque, a alíquota do imposto de transmissão, no Estado do Amazonas, é instituída por Lei Complementar, e não por simples Lei Ordinária Estadual.

A fórmula legislativa adotada pode representar uma diferença relevante em termos práticos. Nesse sentido, a título de exemplo, vale a lembrança ao destaque feito quando da análise do critério espacial de incidência do ITCMD paulista nos casos de conexão com o exterior, hipótese em que a própria Constituição Federal exige a edição de Lei Complementar para dispor sobre o tema.

Passando a um próximo exemplo, na região Nordeste, destacamos a legislação vigente no Estado da Bahia que, por meio do artigo 9º, da Lei 4.286/1989, dispõe:

Art. 9º. As alíquotas do ITD são as seguintes:

I - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), nas doações de quaisquer bens ou direitos;

II - nas transmissões causa mortis:

a) 4% (quatro por cento), para espólio de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

b) 6% (seis por cento), para espólio acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a até R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

c) 8% (oito por cento), para espólio acima de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

Parágrafo único. Na hipótese de virem a ser fixados pelo Senado Federal alíquotas máximas, se inferiores às previstas, essas terão aplicação imediata.

Com relação à legislação baiana, o destaque a ser feito é para a diferença estabelecida entre a alíquota nas hipóteses de doação (I) e nas hipóteses de transmissão causa mortis (II).

Melhor elucidando, no primeiro caso, a lei estabelece um patamar fixo para a alíquota, sendo este de 3,5%, independentemente do valor da base de cálculo. Por outro lado, na segunda hipótese, as alíquotas serão progressivas, variando entre 4% e 8%, e aumentando proporcionalmente ao aumento da base de cálculo.

Tal diferenciação se mostra ainda mais interessante quando analisada pelo viés do planejamento sucessório e tributário, uma vez que a doação pode passar a representar um atrativo ao contribuinte para fins de elisão fiscal.

Passando ao terceiro exemplo, na região Centro-Oeste, merece destaque a legislação do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual, por meio do artigo 129 da Lei 1.810/1997, estabelece: “Art. 129. As alíquotas do ITCD ficam fixadas em: I - seis por cento, nos casos de transmissão causa mortis; II - três por cento, nas hipóteses de doação de quaisquer bens ou direitos”.

Nesse sentido, o destaque da referida legislação – a exemplo daquele feito na legislação baiana – fica por conta da diferenciação estabelecida entre a alíquota nos casos de transmissão *causa mortis* (I) e nos casos de doação (II).

A peculiaridade, contudo, no caso da legislação sul-mato-grossense está na modalidade da alíquota estabelecida. Nesse sentido, trata-se de duas alíquotas fixas, com aplicação diferenciada com base no fato gerador ocorrido.

No mais, cumpre ressaltar observação citada no momento da análise da legislação baiana com relação ao planejamento tributário e sucessório, tendo em vista que, na legislação sul-mato-grossense, a alíquota no caso da transmissão por doação representa a metade daquela fixada para a transmissão *causa mortis*.

Passando à análise da região Sudeste, aqui representada pelo Estado do Rio de Janeiro – além do Estado de São Paulo, objeto central deste estudo – temos que o artigo 26, da Lei 7.147/2015, traz em seu corpo:

Art. 26 - O imposto é calculado aplicando-se, sobre o valor fixado para a base de cálculo, considerando-se a totalidade dos bens e direitos transmitidos, a alíquota de:

I – 4,0% (quatro e meio por cento), para valores até 70.000 UFIR-RJ;

II – 4,5% (quatro e meio por cento), para valores acima de 70.000 UFIR-RJ e até 100.000 UFIR-RJ;

III – 5,0% (cinco por cento), para valores acima de 100.000 UFIR-RJ e até 200.000 UFIR-RJ;

IV – 6% (seis por cento), para valores acima de 200.000 UFIR-RJ até 300.000 UFIR-RJ;

V – 7% (sete por cento), para valores acima de 300.000 UFIR-RJ e até 400.000 UFIR-RJ;

VI – 8% (oito por cento) para valores acima de 400.000 UFIR-RJ

§1º Em caso de sobrepartilha que implique a mudança de faixa de alíquotas, será cobrada a diferença do imposto, com os acréscimos legais, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 37, caso não comprovados os requisitos previstos no Código de Processo Civil.

§2º Aplica-se a alíquota vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador.

Pela análise do disposto acima, temos que a legislação carioca, a exemplo das legislações amazonense e paulista estudadas acima, não faz distinção entre a alíquota a ser aplicada nas transmissões por *causa mortis* ou por doação.

A particularidade dessa lei, no entanto, fica por conta da progressividade da alíquota estabelecida, a qual varia entre 4% e 8%, apresentando a maior quantidade de variações dentre todos os Estados brasileiros (6 no total).

A progressividade das alíquotas é proporcional à variação da base de cálculo, sendo essa base de cálculo medida em Unidades Fiscais de Referência do Estado do Rio de Janeiro (UFIR-RJ), cujo valor é atualizado anualmente.

Por fim, representando a última macrorregião a ser analisada, a região Sul, a qual terá como representante o Estado de Santa Catarina, temos que o artigo 9º, da Lei 13.136/2004, estabelece:

Art. 9º As alíquotas para a cobrança do imposto são:

I – um por cento sobre a parcela da base de cálculo igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – três por cento sobre a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e for igual ou inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

III – cinco por cento sobre a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e for igual ou inferior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

IV – sete por cento sobre a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e

V – oito por cento sobre a base de cálculo, quando:

a) o sucessor for:

1) parente colateral; ou

2) herdeiro testamentário ou legatário, que não tiver relação de parentesco com o de cujus; e

b) o donatário ou cessionário:

1) for parente colateral; ou

2) não tiver relação de parentesco com o doador ou cedente.

Nesse sentido, ao analisar o dispositivo mencionado acima, tem-se que a lei catarinense adotou como principal critério para definição da alíquota do imposto sobre transmissão *causa mortis* ou doação o vínculo existente entre o doador/*de cujus* e o donatário/herdeiro.

Isso porque, conforme pode ser verificado por meio da análise do texto legal, as hipóteses trazidas pelos incisos I a IV tratam especificamente das transmissões em benefício do cônjuge e dos parentes em linha reta. Nesses casos, a

alíquota varia entre 1%³⁴ e 7%, progredindo de maneira proporcional ao aumento da base de cálculo (em R\$).

Por outro lado, a hipótese prevista pelo inciso V do referido artigo trata de maneira específica das transmissões via *causa mortis* ou doação quando o donatário/herdeiro for parente na linha colateral do doador/*de cujus* ou, ainda, quando não houver nenhum tipo de relação de parentesco entre estes.

Trata-se, portanto, da hipótese mais complexa de alíquota entre aquelas aqui abordadas, uma vez que estabelece dois critérios principais para a definição da alíquota, sendo eles: (1) o vínculo de parentesco entre o titular do patrimônio e a pessoa beneficiada pela transmissão e, ainda; (2) o valor da base de cálculo, nos casos dos incisos I a IV da referida lei.

Feita a comparação proposta, a título ilustrativo, entre as alíquotas estabelecidas dentro dos Estados da Federação, o presente estudo abordará as hipóteses de isenção previstas na lei do ITCMD.

³⁴ A alíquota de 1% prevista nas hipóteses do artigo 9º, inciso I, da Lei 13.136/2004, que trata do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação no Estado de Santa Catarina é a mais baixa entre todas as previstas para este imposto pelos Estados (e DF) brasileiros.

5 HIPÓTESES DE ISENÇÃO

Passando à análise das hipóteses de isenção do ITCMD, pode-se observar que estas encontram sua tipificação no artigo 6º da Lei 10.705/2000, que traz a seguinte redação:

Artigo 6º - Fica isenta do imposto:

I - a transmissão "causa mortis":

- a) de imóvel de residência, urbano ou rural, cujo valor não ultrapassar 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs e os familiares beneficiados nele residam e não tenham outro imóvel;
 - b) de imóvel cujo valor não ultrapassar 2.500 (duas mil e quinhentas) UFESPs, desde que seja o único transmitido;
 - c) de ferramenta e equipamento agrícola de uso manual, roupas, aparelho de uso doméstico e demais bens móveis de pequeno valor que guarneçam os imóveis referidos nas alíneas anteriores, cujo valor total não ultrapassar 1.500 (mil e quinhentas) UFESPs;
 - d) de depósitos bancários e aplicações financeiras, cujo valor total não ultrapassar 1.000 (mil) UFESPs;
 - e) de quantia devida pelo empregador ao empregado, por Institutos de Seguro Social e Previdência, oficiais ou privados, verbas e prestações de caráter alimentar decorrentes de decisão judicial em processo próprio e o montante de contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participações PIS-PASEP, não recebido em vida pelo respectivo titular;
 - f) na extinção do usufruto, quando o nu-proprietário tiver sido o instituidor;
- II - a transmissão por doação:
- a) cujo valor não ultrapassar 2.500 (duas mil e quinhentas) UFESPs;
 - b) de bem imóvel vinculado a programa de habitação de interesse social;
 - c) de bem imóvel doado por particular para o Poder Público.

Assim, o artigo acima estabelece as isenções do ITCMD tendo como parâmetro: (1) o valor das transmissões; (2) a natureza do bem ou, ainda; (3) a origem da transmissão (como nas hipóteses do inciso I, alínea "e").

5.1 Hipótese de Isenção do ITCMD na Transmissão da *Holding*

Cumprido destacar, contudo que, nos termos do dispositivo mencionado, inexistente hipótese de isenção específica aos casos de transmissão de quotas societárias das empresas (a exemplo das *holdings*), cabendo a estas apenas a tentativa de adequação em alguma das hipóteses gerais de isenção previstas.

Portanto, sendo as quotas societárias da *holding* consideradas como bens móveis, nos termos do artigo 83, inciso III, do Código Civil³⁵, temos, ao analisar os dispositivos que trazem as hipóteses de isenção do ITCMD, uma única situação cabível, sendo está a hipótese trazida pelo artigo 6º, inciso II, alínea “a”, da Lei 10.705/2000, que dispõe:

Artigo 6º - Fica isenta do imposto:

[...]

II - a transmissão por doação:

a) cujo valor não ultrapassar 2.500 (duas mil e quinhentas) UFESPs; [...]

A hipótese de isenção mencionada acima pode ser fatorada em dois elementos principais que a compõe, sendo eles: (I) a natureza da transmissão, qual seja, a doação e, ainda; (II) o valor transmitido, delimitado em até 2.500 (duas mil e quinhentas) UFESPs (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo).

Cumpra ainda mencionar que o segundo critério, o qual diz respeito aos valores transmitidos, é dinâmico, tendo em vista que o valor da UFESP é fixado anualmente pela Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, alterando, conseqüentemente, o valor máximo alcançado pela isenção do imposto.

³⁵ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: [...] III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

6 DAS FORMAS POSSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO DA *HOLDING* COM A FINALIDADE DE ELISÃO OU EVASÃO FISCAL

Uma vez esclarecidos os critérios a serem observados para que seja criada uma obrigação tributária de ITCMD, em especial com relação à transmissão causa mortis ou doação das empresas *holding*, o presente estudo propõe uma análise específica da possibilidade de utilização desse tipo de empresa como instrumento de elisão ou, em casos mais graves, de verdadeira evasão fiscal.

Nesse sentido, serão abordadas a seguir duas das principais situações por meio das quais a *holding*, dentro de um contexto de planejamento sucessório e tributário familiar, pode ser utilizada pelo contribuinte com a finalidade exclusiva de evasão de suas obrigações tributárias, em especial, com relação ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Essas duas hipóteses são: (1) a constituição da empresa *holding* com a finalidade exclusiva de redução da carga tributária sem, contudo, cumprir com sua função social e; (2) a subavaliação das quotas sociais da empresa como forma de redução da base de cálculo do imposto.

Cumprido ressaltar que a mera adoção de um planejamento sucessório e tributário no contexto familiar, por si só, não caracteriza a evasão tributária, sendo instrumentos de legítima elisão fiscal. Diferentemente da evasão fiscal, a qual se caracteriza quando, deliberadamente, o contribuinte se vale de meios ilegais para reduzir ou afastar suas obrigações na relação com o fisco.

Antes, contudo, de abordar as hipóteses em que a empresa *holding* pode ser utilizada como uma forma de os ascendentes e descendentes inclusos em uma organização familiar se evadirem de suas obrigações tributárias de ITCMD, a presente pesquisa propõe uma análise acerca dos termos e conceitos atinentes aos instrumentos que podem ser utilizados pelo contribuinte para afastar uma obrigação tributária, estabelecendo, inclusive, a diferenciação entre lícitos e ilícitos.

6.1 Elisão x Evasão x Elusão Fiscal

De início, para que seja estabelecida a discussão acerca da ocorrência ou não de evasão fiscal nas hipóteses específicas mencionadas acima, imperioso se faz estabelecer a distinção entre os conceitos de elisão, evasão e elusão fiscal.

Em primeiro lugar, será aqui analisado o conceito de elisão fiscal. Acerca do tema são as lições de Crepaldi (2023, p. 86):

O sistema jurídico brasileiro admite a figura da elisão fiscal, conceituando-a como um mecanismo para alcançar um impacto tributário reduzido, em que se recorre a um ato ou negócio jurídico real, verdadeiro, não carregando vício no seu alicerce fático nem na manifestação de vontade, de onde se materializa como lícito.

Nesse sentido, de acordo com a definição do autor, a elisão fiscal seria uma ferramenta adotada pelo contribuinte para reduzir determinada carga tributária a ser cumprida por ele. Para essa finalidade, no entanto, o contribuinte se vale de atos ou negócios jurídicos considerados como lícitos, uma vez que são reais, verdadeiros e livres de qualquer tipo de vícios fáticos ou de vontade. O fato desse planejamento ser feito inteiramente pautado na licitude de seus meios caracteriza a elisão fiscal.

Nesse sentido, ainda, o autor completa:

Elisão fiscal é um proceder legalmente autorizado que ajuda a lei tributária a atingir a sua finalidade extrafiscal, quando presente. [...] Pressupõe a licitude do comportamento do contribuinte, evitando, de forma honesta, a submissão a uma hipótese tributária desfavorável. É um conjunto de atos adotados por um contribuinte, autorizados ou não proibidos pela lei, visando uma carga fiscal menor, mesmo quando esse comportamento prejudica o Tesouro. Consiste na economia lícita de tributos, deixando-se de fazer determinadas operações ou realizando-as da forma menos onerosa possível para o contribuinte. Trata-se de ação perfeitamente lícita, de planejamento tributário ou economia fiscal. Configura-se em um planejamento que utiliza métodos legais para diminuir o peso da carga tributária em um determinado orçamento. (CREPALDI, 2023, p. 86).

Assim, compreendido o conceito a respeito da elisão fiscal, passamos ao estudo da evasão fiscal, que pode ser definida, em termos diretos, como sinônimo de sonegação fiscal, bem como da diferenciação entre elisão e evasão. Nesse sentido, leciona Crepaldi (2023, p. 86):

Na evasão fiscal, o contribuinte busca, antes ou depois da submissão a uma hipótese tributária desfavorável, um modo de mascarar seu comportamento de forma fraudulenta. [...] Evasão ou sonegação fiscal consiste em utilizar procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal por meios ilícitos, para evitar o pagamento de taxas, impostos e outros tributos. [...] A evasão, ao contrário da elisão, consiste na lesão ilícita do Fisco, não se pagando tributo devido ou pagando-se menos que o devido, de forma deliberada ou por negligência.

Portanto, nas palavras do autor, a evasão fiscal, ao contrário da elisão fiscal, trata da hipótese na qual o contribuinte se vale de meios ilícitos para evitar ou reduzir determinada carga tributária que incide sobre si.

Assim, todos os comportamentos adotados por determinado contribuinte no sentido de afastar uma obrigação tributária ou reduzir seu montante por meio de instrumentos fraudulentos e expressamente vedados pelo ordenamento tributário vigente serão considerados como hipóteses de evasão fiscal.

Como forma de diferenciação dos dois primeiros conceitos aqui tratados tem-se que a elisão fiscal, por se tratar de hipótese lícita de afastamento ou redução das obrigações tributárias, representa uma ferramenta válida a ser utilizada nos planejamentos sucessórios e tributários adotados pelo contribuinte.

Por outro lado, com relação à evasão, em se tratando de meios ilícitos, esta deve ser coibida pelas autoridades fazendárias podendo, até mesmo, caracterizar condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, previstas no Código Penal e em lei específica (Lei 8.137/1990).

Firmado o conceito a respeito da evasão fiscal, passaremos ao estudo da elusão fiscal, modalidade particular de fraude no pagamento de tributos. Acerca desta, leciona Crepaldi (2023, p. 89): “A elusão tributária ocorre quando o contribuinte simula determinado negócio jurídico, com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador. Assim, é considerada pela doutrina como o abuso de forma”.

Portanto, a elusão fiscal (ou elusão tributária) restaria configurada quando o contribuinte, por meio da simulação de um negócio jurídico – que, na realidade, não ocorreu ou ocorreu de forma diversa – tenta dissimular a ocorrência de um fato gerador, tendo como finalidade o afastamento da obrigação tributária.

Tomemos como exemplo aqui a situação de um pai que, visando transmitir bens do seu patrimônio aos filhos a título de adiantamento de herança, simula um contrato de compra e venda com estes para se evadir da obrigação tributária do ITCMD. Nesse caso, o contrato teve apenas a forma de um contrato de compra e venda, contudo, seu conteúdo é de contrato de doação e, portanto, sobre este deve incidir o ITCMD.

A elusão fiscal, nos termos esclarecidos acima, trata-se de flagrante hipótese de ilegalidade, uma vez que se vale simulação/fraude na tentativa de ludibriar a legislação tributária e não cumprir as obrigações decorrentes desta.

Como forma de combater a elisão fiscal, o artigo 16, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, prevê:

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.

Nesse sentido, a referida norma surge na intenção de que todos os atos praticados na forma de elusão fiscal, ou seja, todos aqueles atos que simulam determinados atos ou negócios jurídicos com a real intenção de dissimulação da ocorrência do fato gerador de determinado tributo podem ser desconsiderados pelas autoridades administrativas (órgãos fazendários) na busca pela verdade real.

Esclarecidas, assim, as principais questões a respeito da conceituação de elisão, evasão e elusão tributária, bem como, as principais diferenças entre estas e a possibilidade de o contribuinte se valer (ou não) destas em um planejamento sucessório e tributário lícito, o presente estudo passará a análise das principais formas de evasão tributária tendo como instrumento as empresas *holding*.

6.2 Possibilidade de Evasão Fiscal em Razão da Ausência de Propósito Negocial nas Operações da *Holding*

De início, cumpre esclarecer que nem sempre a *holding* familiar é constituída com a intenção de fraudar o pagamento de tributos. Conforme já mencionado na presente pesquisa, a *holding* pode ser uma ferramenta importante para o planejamento sucessório e tributário dentro do contexto familiar, permitindo a racionalização da administração do patrimônio de uma família e a posterior transmissão deste aos herdeiros, além de conferir maior proteção a esse patrimônio.

No entanto, não se pode negar que muitas vezes essa ferramenta é utilizada para fins ilícitos, aqui entendidos como as tentativas de evasão das obrigações tributárias que decorrem dessa transmissão de patrimônio intergeracional.

Antes de tratar de maneira específica das hipóteses em que as operações realizadas pela *holding* sem a configuração de um propósito negocial podem ser consideradas formas de evasão fiscal, convém esclarecer algumas premissas a respeito do propósito negocial.

Historicamente, a teoria do propósito negocial (*business purpose*) ganhou destaque em razão do julgamento do caso “Gregory vs. Helvering”, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1935.

No caso mencionado, o fisco norte-americano alegou que a contribuinte, ao constituir uma nova sociedade com a finalidade exclusiva de transferir patrimônio, agiu apenas com a intenção de se evadir de sua obrigação tributária, não havendo qualquer propósito negocial (*business purpose*) na operação empresarial praticada, razão pela qual esta deveria ser desconsiderada.

Ao apreciar o caso, a Suprema Corte do país confirmou o entendimento do fisco em favor da indispensabilidade do propósito negocial, sustentando que o planejamento tributário deveria condizer não apenas com os ditames legais, mas também com a intenção do legislador (CONTE, 2022).

Assim, o propósito negocial pode ser conceituado como o interesse econômico inerente aos atos negociais e empresariais, caracterizado pelo risco assumido pelo empresário, bem como, pela contribuição deste para a movimentação da economia e cumprimento da função social da empresa, características que são intrínsecas à atividade empresarial. O propósito negocial, portanto, diz respeito às intenções do empresário ao praticar determinado ato, as quais devem ir além da mera economia tributária.

Passando à correlação do propósito negocial com o ponto fulcral do presente estudo, deve ser ressaltada a possibilidade de a ausência desse propósito implicar na utilização da *holding* como forma de evasão fiscal do ITCMD no contexto do planejamento sucessório e tributário.

Cumpra aqui estabelecer como premissa que, nas hipóteses de empresas familiares, a *holding*, em regra, é patrimonial, ou seja, é utilizada como administradora do patrimônio daquela família.

No entanto, muitas vezes a *holding* acaba sendo constituída com o intuito único e exclusivo de redução da carga tributária, em especial do ITCMD no momento da transmissão das quotas sociais da empresa, seja em razão da morte dos ascendentes (*causa mortis*) ou pela doação destas em vida, em regra acompanhada pela cláusula de reserva de usufruto.

Assim, tendo em vista essa possibilidade, muito adotada para os fins do planejamento sucessório e tributário, surge o entendimento, com base na teoria do propósito negocial, de que a mera intenção de economia tributária não seria suficiente

para legitimar a prática de determinado ato empresarial, ato que, nesse caso, será a própria constituição da *holding*.

Melhor elucidando, o entendimento mencionado acima entende que a constituição da empresa *holding* apenas para a economia de tributos sem, contudo, produzir qualquer tipo de atividade negocial inerente à sua natureza, daria ensejo a uma prática ilícita, caracterizando a evasão fiscal.

Cumprе mencionar que, na prática, são comuns os casos em que a *holding* é constituída pelos ascendentes, os quais, no ato de integralização do capital social, transmitem todo (ou quase todo) o seu patrimônio para o patrimônio da empresa e, logo em seguida, em um curto espaço de tempo, doam as quotas sociais desta para os descendentes. A princípio, tal prática não configura nenhum tipo de ilícito tributário, contanto que o imposto de transmissão (ITCMD) na modalidade doação seja recolhido de maneira adequada.

Ocorre que, em casos como o narrado acima, muitas vezes essa *holding* acaba por ficar “estagnada” com relação às suas práticas empresariais, de modo que a movimentação existente nessa empresa restou limitada à transmissão das quotas sociais pelos ascendentes aos descendentes.

Ou seja, após essa transmissão, não foram praticados quaisquer novos atos com a finalidade de movimentação da empresa, como a compra e venda de ativos, locações dos imóveis, arrendamentos, entre outros.

Nesse caso, restou evidenciado que a *holding* não foi constituída com a finalidade de “ser empresa”, assim entendida a finalidade de produzir lucro, gerar empregos e mais, atendendo à sua função social, mas sim com a finalidade exclusiva de transmissão patrimonial intergeracional. Esse desvio de finalidade, para a teoria do propósito negocial caracteriza hipótese de evasão fiscal.

Vale destacar que, para as hipóteses de evasão tributária, o artigo 116, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional³⁶ traz a hipótese de desconsideração dos atos praticados pelo contribuinte com a finalidade de dissimulação do fato gerador. Tal norma é entendida como uma poderosa arma no combate das autoridades administrativas contra as tentativas de evasão fiscal.

³⁶ 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

Ainda sobre o tema, existem precedentes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que corroboram com esse entendimento, senão vejamos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
 Data do fato gerador: 09/08/2012, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016 [...] FIP. **AUSÊNCIA DE FINALIDADE NEGOCIAL. Desprovido de finalidade comercial o Fundo de Investimento em Participação - FIP, constituído por uma única investidora, com um único investimento ao qual não foi aportado qualquer investimento adicional ou ato de gestão visando seu crescimento/desenvolvimento ou saneamento e cuja permanência no FIP durou alguns dias.** FIP. [...] (CARF 10380725189201720 2301-005.933, Relatora: Juliana Marteli Fais Feriato, Data de Julgamento: 14/05/2019, Data de Publicação: 10/04/2019) (grifei)

Na fundamentação do acórdão, a relatora esclarece (p. 24-25):

Não é o conteúdo formal do negócio jurídico (causa típica) consubstanciado na declaração de vontade que irá determinar a incidência tributária, mas sim a sua causa objetiva (propósito).

É preciso verificar a função a que se destina a operação dentro do empreendimento econômico, e não somente a prática de atos baseados em dispositivos legais (princípio da estrita legalidade em matéria tributária).

Assim, não se faz suficiente a licitude dos atos realizados, tampouco a máxima argumentativa da liberdade empresarial de auto-organização, para legitimar as alternativas escolhidas em uma reestruturação societária, pois estas devem estar providas de causa econômica, de modo que o motivo da reorganização não seja único ou predominantemente de economizar tributos. Ao se confrontar a legislação tributária, que adota os princípios da tipicidade e da estrita legalidade, com as atividades desenvolvidas pelas empresas, objeto de planejamento tributário, deve-se também valorizar o propósito das atividades empresariais praticadas e a existência de substância econômica.

Assim, pela análise do acórdão, verifica-se, de acordo com esse entendimento, que para que haja um planejamento tributário lícito, não basta a prática de atos lícitos de organização empresarial, devendo, além destes, ser observada a necessidade de um propósito lícito, qual seja, o propósito comercial.

Por outro lado, emerge um posicionamento contrário a este, o qual defende pela desnecessidade da presença do propósito comercial para que sejam considerados legítimos os atos empresariais.

Nesse sentido, leciona Cury (2022, p. 131-133):

A interpretação econômica do direito tributário, tal como tomada do direito alemão, não viaja bem; não se presta ao regime constitucional brasileiro, ao qual é, ao contrário, írrita. O mesmo se diga da pretensão de se elegerem razões extra-tributárias ou utilidades comerciais (*business purposes*) como critérios por si sós justificadores de desconsideração dos atos praticados pelos contribuintes: inexistente no direito pátrio o constrangimento legal que imponha aos indivíduos a obrigação de optar, *a priori* e por definição, pela via

mais onerosa do ângulo tributário, ainda que a preferencialmente utilizada pelas vantagens relativas ao direito civil ou comercial.

Com efeito, pretender interpretações econômicas ou identificar propósitos negociais, se já não nos parece coadunar com o ordenamento em vigor, com mais razão se mostra um sem-sentido quando da interpretação dos atos próprios aos planejamentos familiares e sucessórios comumente afetados pelo ITCMD. É que a estruturação de relações patrimoniais familiares não raras vezes se reveste precisamente de lógicas antieconômicas, cujos efeitos positivos se ligam à melhor preservação de relações afetivas e ao estabelecimento de segurança financeira em vista de peculiaridades e capacidades dos membros de um núcleo familiar etc. (*grifei*)

Nas lições do autor, o propósito negocial, bem como, as interpretações do direito tributário pelo viés do direito empresarial de uma maneira geral, seriam incompatíveis com o ordenamento brasileiro. Isso porque, na visão deste, a imposição ao contribuinte de uma via mais onerosa para a realização de seus negócios jurídicos não encontra expressa previsão na legislação pátria vigente.

O autor aponta ainda para a própria natureza antieconômica do planejamento sucessório, no sentido de que, grande parte das vezes, este é feito com a finalidade de preparar a sucessão, tanto na manutenção do bom relacionamento familiar quanto na preparação dos futuros gestores daquele patrimônio.

A jurisprudência do CARF também tem precedentes nesse sentido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. LICITUDE. ATOS **O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito negocial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização.** O lançamento deve ser feito nos termos da lei, não havendo lei que vede tal prática.

Outrossim, no caso concreto, também foi demonstrada causa negocial decorrente do interesse na associação pessoal com o sócio pessoa física, o que é uma justificativa extra-tributária que se coaduna com a sua participação pessoal no Conselho de Administração e na gestão da empresa, posição que manteve até o ano de 2016.

A efemeridade que se verifica no caso concreto é a titularidade das ações pela Holding, e não pelas pessoas físicas, que as detiveram ao longo de 30 anos. (CARF16561720111 201424, Relator: Daniel Ribeiro Silva, Data de Julgamento:15/05/2018, Data de Publicação: 18/06/2018) (*grifei*)

O acórdão acima corrobora o segundo entendimento aqui exposto, ao passo que entende pela desnecessidade da comprovação da existência do propósito negocial (também chamado ali de conteúdo econômico) dos atos empresariais ante a ausência de previsão dessa necessidade no ordenamento jurídico.

Assim, tendo em vista a discussão aqui demonstrada, conclui-se pela existência de dois posicionamentos a respeito do propósito negocial no contexto dos atos empresariais. O primeiro defende que, além da licitude dos atos praticados, esses atos empresariais devem ser dotados de propósito negocial para que possam ser considerados válidos, não bastando a mera finalidade de economia de tributos. Por outro lado, o segundo entende pela dispensabilidade desse propósito negocial, justificada pela ausência de previsão legal, bem como, pela possível natureza antieconômica das empresas estabelecidas no contexto familiar.

Exposta a primeira possibilidade de evasão fiscal por meio da *holding*, sendo esta a ausência de interesse negocial, bem como, seus principais fundamentos e contrapontos, o presente estudo passa a uma análise da segunda possibilidade de utilização da *holding* com a finalidade de evasão fiscal.

6.3 Possibilidade de Evasão Fiscal Por Meio da Subavaliação das Quotas Sociais da *Holding*

Como um segundo caso de possível evasão fiscal por meio da *holding*, surge a hipótese de subavaliação das quotas sociais desta, a qual produzirá efeitos diretamente na apuração da base de cálculo do ITCMD, gerando, no momento em que essas quotas sociais são transmitidas pela *causa mortis* ou doação, a situação de pagamento a menor do imposto (ITCMD), podendo caracterizar a evasão.

De início, convém citar que, conforme já mencionado, ao se transmitir uma empresa constituída na modalidade *holding*, o que é transmitido não é a propriedade da empresa em si, mas sim, a propriedade das quotas sociais desta.

Desta forma, esse patrimônio, uma vez que é transmitido por meio de quotas sociais da empresa, acaba por “maquiar” o conteúdo dessas quotas, assim entendido como os bens que compõem o ativo da empresa.

Melhor elucidando, o que se apresenta como objeto da transmissão, seja na herança ou na doação, serão as quotas sociais, enquanto os bens como imóveis, veículos, maquinários, entre outros, ficam “escondidos” no ativo da empresa.

Essa situação gera um ambiente que favorece as tentativas de evasão fiscal pelo contribuinte, uma vez que, estando os bens inseridos no ativo da empresa, esses bens são de mais difícil acesso ao fisco, em especial para fins de avaliação.

Cumpra mencionar que, em se tratando a *holding*, constituída em um contexto familiar, de sociedade de capital fechado, as quotas sociais desta não terão negociações frequentes em bolsa de valores.

Por essa razão, a base de cálculo do ITCMD nos casos de transmissão *causa mortis* e doação das quotas sociais da *holding* será calculada nos termos do artigo 14, *caput* e parágrafo 3º, da Lei 10.705/2000:

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

[...]

§ 2º - O valor das ações representativas do capital de sociedades é determinado segundo a sua cotação média alcançada na Bolsa de Valores, na data da transmissão, ou na imediatamente anterior, quando não houver pregão ou quando a mesma não tiver sido negociada naquele dia, regredindo-se, se for o caso, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

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

Assim, nos casos de transmissão *causa mortis* ou por doação de quotas sociais da *holding*, a base de cálculo do ITCMD será o valor de mercado dessas quotas, nos termos do *caput* do artigo mencionado acima. O parágrafo 3º mencionado, ainda, trata de disposição específica para fins de apuração dessa base de cálculo no caso das quotas que não tenham sido negociadas nos últimos 180 dias, hipótese na qual se admitirá como base de cálculo o valor patrimonial destas.

Contudo, surgem situações em que o contribuinte, no momento da integralização de bens ao patrimônio da empresa, subavalia esses bens – situação não vedada em lei – porém, mantém esse valor subavaliado no momento da avaliação das quotas sociais para fins cálculo do ITCMD, ocasionando um pagamento a menor desse imposto e, conseqüentemente, a evasão fiscal.

Nesse sentido, havendo essa transmissão do patrimônio por meio das quotas sociais, surge a controvérsia a respeito de qual a correta forma de avaliação dessas quotas e, ainda, se essa forma adequada de avaliação foi aquela adotada no momento da apuração da base de cálculo do ITCMD.

Portanto, a controvérsia a respeito desse tópico se pauta, principalmente, na correta forma de avaliação das quotas sociais da *holding* para fins

de cálculo do ITCMD, uma vez que o valor final de tais quotas é composto por diversos fatores distintos.

A avaliação a ser feita deverá passar pela fatoração dessas quotas, em busca de atribuir a cada elemento que interfere na valoração final da quota o seu respectivo valor, bem como, de averiguar o valor correto (valor de mercado) das quotas sociais para fins de base de cálculo do ITCMD.

6.3.1 Fatores que compõem a avaliação das quotas sociais da *holding*

Conforme destacado anteriormente, a medida cabível a fim de alcançar o correto valor das quotas sociais da *holding* para fins de cálculo do ITCMD se apresenta como a fatoração desse valor em seus principais elementos.

Assim, nos termos vistos no tópico anterior, a redação do artigo 14, *caput* e parágrafo 3º, da Lei 10.705/2000³⁷ permite concluir que, nos casos de transmissão da *holding* via causa mortis ou doação, a base de cálculo do ITCMD será o valor de mercado das quotas sociais da empresa, podendo ser admitido para tal o valor patrimonial destas.

Desta forma, firmada esta primeira premissa, resta agora, na busca pela definição do valor de mercado dessas quotas, traçar a definição de valor patrimonial.

A respeito dessa definição, a fim de tratar uma base conceitual para o referido assunto, são fundamentais as lições de Coelho (2019, v.2, p. 99):

O valor *patrimonial* é a parcela do patrimônio líquido da sociedade anônima correspondente a cada ação. É obtido pela divisão do valor em reais do patrimônio líquido pelo número de ações. Todos os bens e direitos titularizados por uma companhia compreendem o seu patrimônio *bruto*, também chamado *ativo*. Ao se deduzir deste o montante correspondente às obrigações devidas pela sociedade (quer dizer, o *passivo*), chega-se ao patrimônio líquido. Conceitualmente falando, portanto, o patrimônio líquido de determinado sujeito é o seu ativo menos o passivo. Assim, por exemplo, se a companhia tem o ativo de R\$ 10.000.000,00, o passivo de R\$ 8.000.000,00 e R\$ 5.000.000,00 de ações emitidas, o valor patrimonial de cada ação será de R\$ 0,40. Confira-se o cálculo $R\$ 10.000.000,00 - R\$ 8.000.000,00 = R\$ 2.000.000,00$; $R\$ 2.000.000,00 : R\$ 5.000.000,00 = R\$ 0,40$.

³⁷ Artigo 14 - No caso de bem móvel ou direito não abrangido pelo disposto nos artigos 9º, 10 e 13, a base de cálculo é o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da transmissão ou do ato translativo. [...]

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

O valor patrimonial das quotas de uma empresa, nos termos explicados pelo autor, será o valor resultante da divisão do patrimônio líquido desta – este representado pelo ativo menos o passivo da empresa – pelo número de ações/quotas emitidas por esta. Assim, no caso da *holding*, o resultado da operação narrada acima determinará o valor patrimonial unitário de cada uma de suas quotas sociais.

Este valor ainda passa por uma nova divisão, esta com base no valor a ser considerado como patrimônio líquido na fórmula destacada acima. Com base nessa divisão o valor patrimonial pode ser: (1) Contábil ou; (2) Real.

Nesse sentido, leciona Coelho (2019, v.2, p. 100-101):

O valor patrimonial da ação é a divisão do patrimônio líquido da companhia pelo número de ações emitidas. Deve-se distinguir entre o valor patrimonial contábil (histórico ou atual) e o real, de acordo com os critérios de apropriação dos bens componentes do balanço.

Podem-se considerar duas modalidades de valor patrimonial: o contábil e o real. Nas duas, o divisor é o número de ações emitidas pela companhia, variando o dividendo.

O valor patrimonial contábil tem por dividendo o patrimônio líquido constantes das demonstrações financeiras ordinárias ou especiais da sociedade anônima, em que os bens são apropriados por seu valor de entrada (custo de aquisição). O instrumento que, especificamente, contém a informação é o balanço. O valor patrimonial contábil pode ser de duas subespécies: histórico ou atual. É *histórico* quando apurado a partir do balanço ordinário, levantado no término do exercício social; *atual* (ou *a data presente*), quando calculado com base em balanço especial, levantado durante o exercício social.

A medida do patrimônio líquido ostentada pelo balanço ordinário ou especial, contudo, não raras vezes, encontra-se defasada. O valor em reais atribuído a cada bem ou direito do ativo, bem assim a exata e atualizada mensuração do passivo podem não retratar, de forma adequada, a situação real do patrimônio da sociedade, **ou seja, pode ser que, no mercado, os bens do patrimônio social, se fossem postos à venda, alcançassem preços diferentes, menores ou maiores, dos valores referidos na demonstração contábil.** Dois são, basicamente, os motivos da defasagem: em primeiro lugar, com o passar do tempo, tende a oscilar o valor dos bens da sociedade, e nem sempre a oscilação é devidamente reavaliada e apropriada; em segundo, os critérios para classificar ou quantificar determinado fato contábil são, em parte, discutíveis. Desse modo, os dados constantes das demonstrações financeiras periódicas (e as do balanço especial, levantado com observância dos mesmos critérios contábeis de apropriação pelo valor de entrada) podem acabar tornando-se infiéis à realidade da companhia. **O instrumento contábil perde, por assim dizer, a sua operacionalidade, justificando-se a reavaliação dos ativos e a conferência dos lançamentos [...]**

Trata-se de balanço de determinação [...], cujo objetivo é possibilitar o cálculo do valor patrimonial real da ação" (grifei)

Assim, com base nos apontamentos trazidos pelo autor a respeito da definição de valor patrimonial, temos que este, por sua vez, se divide em: (1) Valor

Patrimonial Contábil, sendo este o valor resultante da divisão entre o patrimônio líquido da empresa conforme apresentado no balanço contábil pelo número de quotas emitidas pela companhia e, por outro lado; (2) Valor Patrimonial Real, sendo este o valor resultante da divisão do patrimônio líquido da empresa após a reavaliação dos ativos desta (feita em busca da apuração do atual valor de mercado desses ativos), pelo número de quotas emitidas pela companhia.

Tendo em vista a análise das definições tratadas acima, tem-se estabelecida a controvérsia a respeito da correta avaliação das quotas sociais da *holding* para a definição da base de cálculo do ITCMD, sendo esta, a correta interpretação da expressão “valor patrimonial” empregada no artigo 14, parágrafo 3º, da Lei 10.705/2000³⁸.

6.3.2 Reflexo da subavaliação do patrimônio líquido da *holding* na base de cálculo do ITCMD

Conforme esclarecido acima, o valor patrimonial das quotas sociais de uma empresa pode se dar de duas formas, sendo estas o valor patrimonial contábil, cuja fórmula adota o patrimônio líquido da empresa avaliado de acordo com o balanço apresentado por esta, e o valor patrimonial real, cuja fórmula adota o patrimônio líquido atualizado/reavaliado dessa empresa.

Cumprе ressaltar, acerca desse tema, o disposto no artigo 23, da Lei 9.249/1995: “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**” (*grifei*).

O artigo mencionado acima trata da opção conferida aos sócios de uma empresa, no momento da integralização do capital social desta, por transferirem bens e direitos pelo valor atualizado (valor de mercado) destes ou, ainda, pelo valor histórico, sendo este o valor de aquisição do bem, constante na declaração de bens do sócio feita para fins de Imposto de Renda (IR).

Assim, com base na opção de integralização do patrimônio da sociedade pelo valor histórico dos bens, surge a possibilidade de, em sendo considerado como

³⁸ Artigo 14 [...]

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

valor patrimonial das quotas sociais para fins de base de cálculo do ITCMD o valor patrimonial contábil, a avaliação dessas quotas ser inferior ao valor que elas teriam caso fossem negociadas no mercado.

Melhor elucidando, sendo os bens que compõe o patrimônio líquido da empresa integralizados pelo valor histórico, esse patrimônio líquido representará, em sua totalidade, um valor muito inferior ao seu valor de mercado.

A adoção do valor patrimonial real, por outro lado, importaria em uma nova avaliação dos bens que compõe o patrimônio líquido da empresa, a qual seria feita para fins propriamente fiscais, objetivando encontrar o valor de mercado dos bens que compõe aquele patrimônio em busca da melhor apuração da base de cálculo.

Deve ser ressaltado que a controvérsia aqui tratada recai, na maior parte das vezes, sobre os bens imóveis que fazem parte do patrimônio líquido da empresa, tendo em vista que são esses os bens com maior variação entre os valores histórico e de mercado. Isso porque, a tendência dos bens imóveis, com o passar do tempo, é de valorização, fator que justifica essa defasagem do valor histórico.

Essa situação tem reflexo direto no valor patrimonial da quota social, uma vez que, na fórmula do valor patrimonial (patrimônio líquido ÷ nº de quotas) o dividendo restaria muito abaixo do valor que efetivamente representa no mercado.

Nesse sentido, surge um primeiro entendimento, o qual defende que o valor correto a ser adotado para a base de cálculo do ITCMD no caso de transmissão das empresas *holding* via *causa mortis* ou doação seria o valor patrimonial real, uma vez que corresponderia ao valor mais próximo do valor de mercado destas, respeitando o disposto nos artigos 9º, *caput* e parágrafo 1º, e 14, da Lei 10.705/2000³⁹.

Sobre o tema, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP):

MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. Pretensão à anulação de AIIMs. Doação de quotas de capital social de empresa. Subavaliação. Base de cálculo. Preponderância do valor real das quotas transmitidas, em detrimento do valor contábil, cujos bens, em última análise, representam o patrimônio da sociedade empresarial para efeito do estabelecimento da base de cálculo do imposto. Arts. 9º, § 1º, 11 e 14, §§ 1º e 3º, da Lei Estadual nº 10.705, de 2000. Sentença reformada. Recursos

³⁹ Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. [...]

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

providos. (TJ-SP – APL: 10107750320228260482 SP 1010775-03.2022.8.26.0482, Relator: Coimbra Schmidt, Data de Julgamento: 13/03/2023, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Data de Publicação:13/03/2023). *(grifei)*

Assim, com base no acórdão acima, verifica-se que há entendimentos na segunda instância do judiciário paulista no sentido de que a correta definição de valor patrimonial para fins de apuração da base de cálculo do ITCMD é aquela que aponta para o valor patrimonial real das quotas sociais.

Na fundamentação de seu voto, o relator dispõe:

Ora, é intuitivo que o adjetivo patrimonial aponta não para o valor que contabilmente é atribuído a determinado bem, mas ao que efetivamente ele vale. Assim, se para efeitos contábeis posso arbitrar um valor a determinado bem ou deixar de atualizá-lo para efeito de levantamento de valor que permita apurar o real valor do patrimônio da sociedade – logo, de cada quota em que dividido seu capital –, mostra-se esse ajuste imprescindível para efeito de levantamento de balanço patrimonial que espelhe o real valor dessa dada sociedade. Não é por outra razão que se há de levantar balanço especial por ocasião de sua liquidação ou do recesso de sócio, por exemplo (art. 1.103, III, do Código Civil). [...]

A questão, portanto, se encerra na compreensão do que se define como valor patrimonial, que poderia corresponder ao contábil (valor nominal das quotas do capital social) ou real (valor de mercado dos bens incorporados da sociedade), uma vez que a legislação estadual não definiu seu conceito.

Na hipótese, a base de cálculo a ser considerada é a que se refere ao efetivo acréscimo patrimonial, qual seja o real valor das quotas transmitidas, e não o contábil atribuído ao imóveis que integralizaram o capital social da empresa, *stricto sensu* fictício, diga-se, até mesmo como forma de evitar a estipulação arbitrária do valor patrimonial visando a elisão fiscal. [...]

Logo, não obstante respeitáveis os posicionamentos contrários, entendo que os dispositivos legais aplicáveis ao caso militam no sentido da **preponderância do valor real das quotas sociais para efeito do estabelecimento da base de cálculo do imposto (ITCMD), já que devem refletir a efetiva expressão econômica da operação sujeita à tributação. *(grifei)*.**

Por outro lado, surge um segundo entendimento, o qual defende que a expressão “valor patrimonial” adotada pelo artigo 14, parágrafo 3º, da Lei 10.705/2000⁴⁰ indica a adoção do valor patrimonial contábil das quotas sociais para fins de apuração da base de cálculo do ITCMD.

Para essa corrente, a ausência de previsão expressa e específica do referido artigo no sentido de exigir o valor patrimonial real como base de cálculo do

⁴⁰ Art. 14 [...]

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

ITCMD afasta essa possibilidade, de modo que, em consequência disso, a redação do artigo deve ser interpretada como sendo o valor patrimonial contábil aquele que satisfaz a base de cálculo desse imposto.

Melhor elucidando, para essa corrente, na ausência de previsão legal pelo valor patrimonial real, admite-se o valor patrimonial contábil como base de cálculo do ITCMD.

Nesse sentido é a jurisprudência majoritária do TJ-SP:

MANDADO DE SEGURANÇA - ITCMD - Base de cálculo – Doação de quotas de sociedade limitada - Tributo que deve ser recolhido com base no valor patrimonial contábil, nos termos da Lei Estadual nº 10.705/2000, art. 14, § 3º - Admissibilidade - Precedentes TJSP - Sentença de concessão da ordem mantida – Recurso de apelação e reexame necessário, desprovidos. (TJ-SP - APL: 10077767720228260482, Relator: J. M. Ribeiro de Paula, Data de Julgamento: 03/05/2023, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/05/2023) (grifei)

Assim, diante das análises aqui expostas, conclui-se que a controvérsia a respeito da base de cálculo do ITCMD, em se tratando da transmissão das quotas sociais da *holding* pela *causa mortis* ou por doação, dizem respeito, principalmente, à correta interpretação da expressão “valor patrimonial”.

Com isso, surge uma primeira corrente, a qual defende que deve ser adotado o valor patrimonial real, tendo em vista ser esse o valor que mais se aproxima do valor de mercado dessas quotas. Por outro lado, uma segunda corrente defende a adoção do valor patrimonial contábil, fundamentando esse entendimento na ausência de disposição legal específica exigindo a aplicação do valor patrimonial real.

7 COMPARATIVO ENTRE O PROCEDIMENTO PAULISTA PARA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E O DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

Esclarecidas as principais formas de utilização da *holding* para fins de evasão fiscal do ITCMD no contexto do planejamento sucessório, este estudo passa a uma análise comparativa da base de cálculo do ITCMD paulista com aquela adotada nos demais Estados brasileiros.

A princípio, cumpre aqui esclarecer o motivo da referida análise ser feita neste momento, e não no momento em que a base de cálculo foi analisada como parte integrante do critério quantitativo do ITCMD.

A explicação tem fundamento na melhor didática da comparação aqui proposta, uma vez que serão comparadas as bases de cálculo, bem como, as atualizações procedidas pelos Estados em suas legislações internas na tentativa de evitar a evasão fiscal estudada no tópico anterior.

Em primeiro lugar, será analisada a legislação do Estado de Goiás. As disposições a respeito da base de cálculo no Estado sofreram importantes mudanças com o advento da Lei 21.915, de 08 de maio de 2023, a qual alterou a Lei 11.651/91, lei que institui o Código Tributário do Estado de Goiás.

Seguindo essa ideia, o artigo 77, *caput*, da referida lei 11.651/90, passou a prever como “base de cálculo do ITCD o valor de mercado do bem ou do direito transmitido por causa mortis ou por doação, expresso em moeda nacional na data da declaração”.

Com relação as disposições específicas para apuração da base de cálculo dos bens imóveis, o parágrafo 6º, do artigo 77 mencionado acima dispõe:

Art. 77. [...]

§ 6º No caso de imóvel e suas respectivas benfeitorias, o valor da base de cálculo não pode ser inferior:

I - à base de cálculo utilizada pela Prefeitura Municipal para o cálculo do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI ou do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e do Imposto Territorial Urbano - ITU, o que for maior, em caso de imóvel urbano ou de direito relativo a ele; e

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

Nesse sentido, a lei goiana representa um avanço em comparação com a lei paulista, uma vez que, por meio da atualização da sua legislação, resolve a

controvérsia – já apresentada aqui⁴¹ – enfrentada pela legislação do Estado de São Paulo a respeito da base de cálculo do ITCMD.

Isso porque, o dispositivo aqui mencionado estabelece a possibilidade de adoção como base de cálculo mínima do ITCMD nos casos de bens imóveis urbanos, tanto a base de cálculo adotada para fins de ITBI quanto a adotada para cálculo do IPTU pelos municípios, esclarecendo que, dentre estas, será aplicada aquela que for maior.

Assim sendo, a controvérsia existente no Estado de São Paulo, na qual, para fins de apuração da base de cálculo do ITCMD, o fisco deseja adotar a base de cálculo do ITBI e o contribuinte deseja que seja adotada a base de cálculo do IPTU, resta superada no Estado de Goiás, tendo em vista que a lei goiana prevê ambos os valores como valor mínimo da base de cálculo do ITCMD, devendo prevalecer o maior destes (em regra, o ITBI).

Também corrobora com esse entendimento a lei do Estado do Sergipe. O artigo 10, *caput* e parágrafo 4º, inciso I, da Lei 7.724/2013 dispõe:

Art. 10 A base de cálculo do ITCMD é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional. [...]

§ 4º Nas hipóteses de avaliação administrativa ou judicial **a base de cálculo não deve ser inferior:**

I - **ao valor atribuído na avaliação feita pelo Município para o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI ou Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana - IPTU, considerando o maior valor de avaliação no exercício corrente**, sem qualquer tipo de desconto ou redução de base de cálculo, **quando se tratar de imóvel urbano ou direito a ele relativo;** [...]

Outro avanço da lei goiana diz respeito a solução de outra controvérsia aqui apresentada, sendo esta a dúvida a respeito do termo valor patrimonial para fins de apuração da base de cálculo das quotas sociais da *holding*⁴².

Acerca do tema, o artigo 77-B, incisos I a III, da Lei 11.651/91 dispõe:

Art. 77-B. Nos seguintes casos específicos, considera-se base de cálculo:

I - na transmissão de acervo patrimonial de sociedade simples ou de empresário individual, **o valor do patrimônio líquido ajustado a valor de mercado verificado em balanço especialmente levantado na data da declaração acrescido de aviamento;**

II - na transmissão de ações de sociedades de capital fechado ou de quotas de sociedade empresária, **o valor da ação ou da quota obtido por meio do**

⁴¹ Tópico 4.2.2.1.1

⁴² Tópico 6.3.

patrimônio líquido ajustado a valor de mercado verificado em balanço especialmente levantado na data da declaração acrescido de aviamento; III - na transmissão de ações de sociedade anônima de capital aberto, o valor de sua cotação média na Bolsa de Valores na data da transmissão, ou na imediatamente anterior quando não houver pregão ou quando essas não tiverem sido negociadas naquele dia, com a regressão, se for o caso, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias, **ou o valor obtido por meio do patrimônio líquido ajustado a valor de mercado verificado em balanço especialmente levantado na data da declaração acrescido de aviamento;** [...] *(grifei)*

Nos casos acima, ao prever expressamente que o valor das quotas sociais da empresa será obtido por meio do “patrimônio líquido ajustado a valor de mercado verificado em balanço especialmente levantado na data da declaração acrescido de aviamento” o referido artigo faz expressa e inequívoca menção ao valor patrimonial real das quotas, uma vez que menciona a reavaliação do patrimônio líquido em busca do real valor de mercado, por meio de balanço especialmente levantado para os fins fiscais.

A legislação sergipana também dispõe nesse sentido. Pela redação do artigo 13-B, caput e parágrafos 1º e 2º, da Lei 7.724/2013 temos:

Art. 13-B. Na transmissão de ações não negociadas em bolsas, quotas ou outros títulos de participação em sociedade simples ou empresária, a base de cálculo será apurada conforme o **valor de mercado da sociedade, com base no montante do patrimônio líquido registrado no balanço patrimonial anual do exercício imediatamente anterior ao do fato gerador.**

§ 1º Quando o valor do patrimônio líquido não corresponder ao valor de mercado, a autoridade fiscal poderá proceder aos ajustes necessários à sua determinação, conforme as normas e práticas contábeis aplicáveis à apuração de haveres e à avaliação patrimonial.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo, no que couber, à transmissão de acervo patrimonial de empresário individual. *(grifei)*

Bem como, a legislação paraibana, por meio do artigo 8º-A, caput e parágrafo 2º, da Lei 5.123/89, que dispõe:

Art. 8º-A No caso de bem móvel ou direito não abrangido pelo disposto no art. 8º desta Lei, a base de cálculo é o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da constituição do crédito tributário.

[...]

§ 2º No caso de bens e direitos relativos ao patrimônio vinculado a pessoas jurídicas, **a base de cálculo é:**

I - em relação ao acervo patrimonial de empresário individual, o valor do patrimônio líquido ajustado, para aferir a avaliação e determinação do laudo fiscal, na data da declaração ou da avaliação;

II - na transmissão de ações de sociedades de capital fechado ou **de quotas de sociedades simples ou empresária, o valor da ação da quota obtido**

por meio do patrimônio líquido ajustado, para aferir a avaliação e determinação do laudo fiscal, na data da declaração ou da avaliação;
 III - na transmissão de ações de sociedade anônima de capital aberto, o valor de sua última cotação na Bolsa de Valores na data da declaração ou da avaliação, ou na imediatamente anterior quando não houver pregão ou quando essas não tiverem sido negociadas naquele dia, regredindo-se, se for o caso, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias, ou por **levantamento de balanço especial, realizado na data da declaração ou da avaliação. (grifei)**

Por meio da análise dos dispositivos citados acima temos que, nesses Estados, é pacífico o entendimento de que o valor patrimonial para fins de base de cálculo do ITCMD nos casos de transmissão via *causa mortis* ou doação de quotas de sociedade (como é o caso da transmissão da *holding*) será o valor patrimonial real dessas quotas, obtido por meio da reavaliação dos bens que compõe o patrimônio líquido dessa empresa a fim de apuração do exato valor de mercado destes na data do fato gerador.

Com isso, temos que o próprio avanço da legislação local nesses Estados serviu para dirimir as controvérsias que hoje são enfrentadas no contexto do ITCMD no Estado de São Paulo.

Tal questão no âmbito paulista, inclusive, é de tamanha peculiaridade, que o próprio entendimento majoritário dos tribunais dali – conforme já visto – vai de encontro ao que as legislações atualizadas dos demais Estados têm proposto, gerando uma latente insegurança jurídica.

Por fim, uma última questão a ser comparada com as demais legislações ao redor do Brasil acerca do ITCMD é a iniciativa de apuração do valor dos bens transmitidos pela *causa mortis* ou doação.

No Estado de São Paulo, essa apuração é feita, em regra, pelo contribuinte, e sujeita a homologação administrativa (pelo fisco estadual) e judicial, nos termos dos artigos 10, *caput* e parágrafo 1º e 11, da Lei 10.705/2000⁴³.

⁴³ Artigo 10 - O valor do bem ou direito na transmissão "causa mortis" é o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz.

§ 1º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial. [...]

Artigo 11 - Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná-lo.

Em outros Estados, por outro lado, essa avaliação é feita por iniciativa da própria fazenda pública estadual. Um dos exemplos dessa situação é o Estado da Bahia que, por meio do artigo 10 da Lei 4.826/89, dispõe:

Art. 10. A base de cálculo do imposto é o **valor venal dos bens ou direitos à época da ocorrência do fato gerador, apurado mediante avaliação de iniciativa da Secretaria da Fazenda, com base nos valores de mercado correspondente ao bem**, ressalvado ao contribuinte o direito de requerer avaliação contraditória administrativa ou judicial.

Nesse sentido, portanto, ao contrário do que ocorre no Estado de São Paulo, a apuração dos bens ou direitos que estão sendo transmitidos pela *causa mortis* ou doação é feita pela própria fazenda pública estadual do Estado da Bahia, em busca da correta apuração do valor de mercado desses bens e, conseqüentemente, combatendo as tentativas de evasão fiscal por parte do contribuinte.

Na mesma orientação dispõem as legislações locais de outros Estados da federação, como é o caso do Rio Grande do Sul⁴⁴ e do Piauí⁴⁵.

Ainda sobre o tema, vale a menção à legislação do Distrito Federal que, ao editar o artigo 7º, da Lei 3.804/2006, trouxe a redação:

Art. 7º A base de cálculo do Imposto é:
 I - nas transmissões causa mortis, o valor do patrimônio transmitido, assim entendido, a soma do valor dos títulos e dos créditos acrescida do valor venal dos bens móveis, imóveis e direitos a eles relativos deixados, deduzida das dívidas contraídas pelo de cujus;
 II - nas transmissões por doação, o valor dos títulos, dos créditos e o valor venal dos bens móveis, imóveis e direitos a eles relativos.
 § 1º **O valor venal de que trata este artigo será determinado pela administração tributária por meio de avaliação feita com base nos elementos de que dispuser e na declaração do sujeito passivo.**

⁴⁴ Lei 8.821/89: Art. 12. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens, títulos, créditos, ações, quotas e valores, de qualquer natureza, bem como dos direitos a eles relativos, transmitidos, **apurado mediante avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual** ou avaliação judicial, expresso em moeda corrente nacional e o seu equivalente em quantidade de UPF-RS, obedecidos os critérios fixados em regulamento. (*grifei*)

⁴⁵ Lei 4.261/89: Art. 9º A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, na data da avaliação, atualizada até a data do pagamento.

§ 1º Entende-se por valor venal o valor corrente de mercado do bem ou direito.

§ 2º **O valor venal será apurado mediante avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual**, expresso em moeda corrente nacional e o seu equivalente em UFR-PI.

§ 3º O valor estabelecido na forma do § 2º, prevalece pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, findo o qual, sem o pagamento do imposto, far-se-á nova avaliação

§ 4º **A base de cálculo terá o seu valor revisto ou atualizado sempre que a Fazenda Pública Estadual constatar alteração do valor venal dos bens ou direitos transmitidos, ou vício na avaliação anteriormente realizada. [...]** (*grifei*)

§ 2º Na avaliação, serão considerados, quanto ao imóvel, dentre outros, os seguintes elementos:

I - forma, dimensão e utilidade;

II - localização;

III - estado de conservação;

IV - valores das áreas vizinhas ou situadas em zonas economicamente equivalentes;

V - custo unitário de construção;

VI - valores aferidos no mercado imobiliário. [...]

Com relação ao artigo mencionado acima, o principal destaque é o seu parágrafo 2º, o qual dispõe sobre os elementos que devem ser observados pela administração tributária no momento da avaliação dos bens imóveis que compõe o patrimônio transmitido pela *causa mortis* ou pela doação.

Assim, tecidas as devidas considerações, tem-se como concluída a proposta de análise comparativa dos procedimentos para apuração da base de cálculo do ITCMD adotados no Estado de São Paulo com aqueles adotados em outros Estados da federação.

8 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que a constituição de uma empresa *holding* pode ser uma alternativa interessante para aqueles que pretendem adotar um planejamento sucessório e tributário dentro do contexto familiar, uma vez que concede ao gestor maior autonomia nas decisões que envolvem aquele patrimônio, bem como, permite a este preparar a sucessão, atribuindo funções personalizadas a cada um dos herdeiros de acordo com as aptidões individuais de cada um destes.

Outra vantagem que pode ser citada é a proteção do patrimônio, como um todo, em face de credores, assegurando a “blindagem” da sociedade e do patrimônio inserido nesta, de modo que eventuais cobranças e execuções dependerão da liquidação das participações societárias do devedor, não atingindo as quotas da sociedade em si.

Contudo, outros fatores não tão vantajosos devem ser cuidadosamente analisados pelo grupo familiar que deseja se valer da *holding* para a gestão de seu patrimônio, como por exemplo, a maior onerosidade que essa ferramenta representa para o planejamento sucessório e tributário, uma vez que envolve altos custos tanto na sua constituição quanto para sua manutenção.

Um outro ponto importante a ser considerado, em especial em se tratando do aspecto tributário da *holding* no momento da transmissão desta aos sucessores, é a possibilidade de os meios adotados nesse planejamento serem considerados como ilícitos, caracterizando a evasão fiscal.

Assim, a transmissão da *holding*, quando feita por meio da transmissão das quotas sociais desta pela morte do ascendente (*causa mortis*) ou pela doação, deve ser analisada à luz dos critérios do ITCMD, a fim de compreender de maneira exata de qual forma esse imposto incide sobre essa transmissão de patrimônio.

Conclui-se, ainda, que a evasão fiscal do ITCMD na transmissão das quotas sociais da *holding* pela causa mortis ou pela doação pode se dar de diferentes maneiras, havendo, inclusive, entendimentos opostos quanto à sua ocorrência ou não.

Entende-se que a *holding*, sendo uma empresa, deve ser dotada de um propósito comercial inerente à sua natureza, devendo produzir movimentações e contribuições para a economia. Em oposição, há entendimentos que a mera

constituição da holding é suficiente para a legitimidade de seus atos, fundamentada pela ausência de expressa exigência legal para o propósito negocial.

Com relação à avaliação das quotas sociais da *holding* transmitida pela *causa mortis* ou doação para fins de base de cálculo do ITCMD, entende-se que, ao prever o “valor de mercado das quotas” como sendo a base de cálculo do imposto, o dispositivo legal aponta para o valor patrimonial real destas, uma vez que este se trata do valor mais próximo daquele que seria negociado no mercado. De encontro com essa ideia, outros entendimentos preveem o valor patrimonial contábil para tal, fundamentando essa concepção na ausência de expressa previsão legal no sentido de exigir a adoção do valor patrimonial real.

Por fim, conclui-se que as legislações tributárias de outros Estados do Brasil vêm se adaptando e se atualizando para adequar-se as novas tendências, produzindo novas leis e entendimentos que podem servir de exemplo e de modelo para o Estado de São Paulo, na tentativa de coibir os avanços e as modernizações dos instrumentos de tentativa de evasão fiscal.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro. 23. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AMAZONAS. **Lei complementar nº 19, de 29 de dezembro de 1997.** Institui o Código Tributário do Estado do Amazonas e dá outras providências. Amazonas: Assembleia Legislativa, 1997. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=119561>. Acesso em: 29 maio 2023.

BAHIA. **Lei nº 4.286, de 27 de janeiro de 1989.** Institui o Imposto sobre Transmissão "CAUSA MORTIS" e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD). Bahia: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=120347>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRAGHETTA, Daniela de Andrade. Estudo das Regras-Matrizes de Incidência. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (coord.). **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)] **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1401002.644**, 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Recorrente: MCLG Empreendimentos e Participações S.A. Recorrida: FAZENDA NACIONAL. Relator: Daniel Ribeiro Silva. Brasília, DF, 15 de maio de 2018. Imposto Sobre A Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano- Calendário: 2009 Planejamento Tributário. Negócios Jurídicos. Atos Jurídicos. Licitude. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16561720111201424_5869658.pdf. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2301005.933**, – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Recorrente: Maria Elisa Telles Figueiredo. Recorrida: FAZENDA NACIONAL. Relator: Juliana Marteli Fais Feriato. Brasília, DF, 14 de maio de 2019. Imposto Sobre A Renda de Pessoa Física IRPF Data do Fato Gerador: 09/08/2012, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016 FIP. Ausência de Finalidade Negocial. Brasília, 10 abr. 2019. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10380725189201720_5985984.pdf. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Brasil: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União,

Estados e Municípios. Brasil: Congresso Nacional, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasil: Congresso Nacional, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. LEI Nº 9.249, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasil: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. LEI Nº 9.532, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasil: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9532.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 9, DE 1992. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea "a", inciso I, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. Brasil: Senado Federal, 1992. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 1176337, SP. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 01 de junho de 2020. Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Negativa de Prestação Jurisdicional. Inocorrência. ITCMD. Base de Cálculo. Declaração Incompatível. Arbitramento. Possibilidade. Acórdão Recorrido. Conformidade Com A Jurisprudência do STJ e Respaldo na Lei Local. Revisão. Impossibilidade. Brasília, 09 jun. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702398429&dt_publicacao=09/06/2020. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ado nº 67, DF. Requerente: Procurador Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 28 de junho de 2022. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão. Direito Tributário. ITCMD. Mora Legislativa na Edição da Lei Complementar A Que Se Refere O Art. 155, § 1º, Inciso III, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Estabelecimento de Prazo Para Que O Congresso Nacional Adote As Medidas Legislativas Necessárias Para Suprir A Omissão. Brasília, 29 jun. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761645795>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Are nº 1387761 AgR / ES. Agravante: UNIÃO. Agravado: Maria Madalena Renoldi Murad. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2023. Direito Tributário. Agravo Interno em Recurso Extraordinário Com Agravo. Imposto Sobre A Renda. Ganho de Capital. Antecipação de Legítima. Ausência de Acréscimo Patrimonial. Vedação À Bitributação. Brasília, 01 mar. 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765856709>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Re nº 1269201, AgR / RS**. Agravante: Lothar Kurt Krause e outro. Agravado: UNIÃO. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2021. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Tributário. Imposto de Renda Sobre Ganhos de Capital do Doador no Adiantamento de Legítima. Explicitação do Fato Gerador. Precedentes. Agravo Regimental Ao Qual Se Nega Provimento. Brasília, 19 fev. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755092035>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Re nº 1392666, DF**. Recorrente: UNIÃO. Recorrido: Olinda Paula de Carvalho e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de novembro de 2022. Recurso Extraordinário. Tributário. Incidência do Imposto de Renda Sobre Ganho de Capital nas Sucessões Hereditárias. Explicitação do Fato Gerador. Acórdão Recorrido Divergente da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Provido. Brasília, 17 nov. 2022. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354750028&ext=.pdf>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Re nº 851108, SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Vanessa Regina Andreatta. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de abril de 2021. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Tributário. Competência Suplementar dos Estados e do Distrito Federal. Artigo 146, III, a, CF. Normas Gerais em Matéria de Legislação Tributária. Artigo 155, I, CF. ITCMD. Transmissão Causa Mortis. Doação. Artigo 155, § 1º, III, CF. Definição de Competência. Elemento Relevante de Conexão Com O Exterior. Necessidade de Edição de Lei Complementar. Impossibilidade de Os Estados e O Distrito Federal Legislarem Supletivamente na Ausência da Lei Complementar Definidora da Competência Tributária das Unidades Federativas. Brasília, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755628450>. Acesso em: 29 maio 2023.

CAMPOS, Camila Vertes. A teoria do propósito negocial nos julgamentos do CARF. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313033/a-teoria-do-proposito-negocial-nos-julgamentos-do-carf>. Acesso em: 29 maio 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário. 30. ed.** São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. 22. ed.** rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONTE, Raphaela. *Business purpose* e planejamento tributário: direito à economia de impostos. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-13/raphaela-conte-business-purpose-planejamento-tributario>. Acesso em: 23 maio 2023.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Planejamento Tributário: Teoria e Prática. 5. ed.** São Paulo: Saraiva Uni, 2023.

CURY, Fabio Lemos. **ITCMD: regime geral e o papel da lei complementar. 1. ed.** São Paulo: Noeses, 2022.

DISTRITO FEDERAL. **LEI Nº 3.804, DE 08 DE FEVEREIRO DE 2006.** Dispõe quanto ao Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências. Distrito Federal: Câmara Legislativa, 2006. Disponível em: <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=3804&txtAno=2006&txtTipo=5&txtParte=>. Acesso em: 29 maio 2023.

GOIÁS. **LEI Nº 11.651, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1991.** Institui o Código Tributário do Estado de Goiás. Goiás: Assembleia Legislativa, 1991. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127513>. Acesso em: 29 maio 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro. Volume 3.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596120. Acesso em: 03 nov. 2022.

LONGO, José Henrique *et al.* Sucessão Familiar e Planejamento Tributário II. *In:* PEIXOTO, Daniel Monteiro (coord.); PRADO, Roberta Nioac (coord.); SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Direito societário: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. 2. ed.** São Paulo : Saraiva, 2011.

LOPES, Vitor Hugo. A estrutura da holding familiar no ordenamento jurídico brasileiro. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356009/a-estrutura-da-holding-familiar-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário. 31. ed.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 10 ed. ver. e atual.** São Paulo: Atlas, 2018.

MATO GROSSO DO SUL. **LEI Nº 1.810, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1997.** Dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências. Mato Grosso do Sul: Assembleia Legislativa, 1997. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/legislacao/public/pdf-legislacoes/lei_n._1.810_codigo_tributario_estadual.pdf. Acesso em: 29 maio 2023.
NADER, Danielle. ITCMD: o que é, como funciona e quem deve pagar. **Contábeis**, 2021. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/46517/itcmd-entenda-a>

cobranca-do-imposto-sobre-transmissao-causa-mortis-e-doacao/. Acesso em: 18 nov. 2022.

PARAÍBA. **LEI Nº 5.132, DE 27 DE JANEIRO DE 1989**. Institui o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e dá outras providências. Paraíba: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=145077>. Acesso em: 29 maio 2023.

PIAUI. **LEI Nº 4.261, DE 01 DE FEVEREIRO DE 1989**. Disciplina o Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de quaisquer Bens ou Direitos, previstos na alínea a, do inciso I, do artigo 155, da Constituição Federal. Piauí: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=150935>. Acesso em: 29 maio 2023.

POMBO, Bárbara. Supremo afasta IR sobre doação ou herança tributada por ITCMD. **Valor Econômico**. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/03/14/supremo-afasta-ir-sobre-doacao-ou-heranca-tributada-por-itcmd.ghtml>. Acesso em: 29 maio 2023

QUEIROZ, Luiz Cesar Souza de. Regra Matriz de Incidência Tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (coord.). **Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIO DE JANEIRO. **LEI Nº 7.147, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2015**. Dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITD), de competência do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 2015. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=314557>. Acesso em: 29 maio 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **LEI Nº 8.821, DE 27 DE JANEIRO DE 1989**. Institui o Imposto sobre a Transmissão, "Causa Mortis" e Doação, de quaisquer bens ou direitos. Rio Grande do Sul: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.821.pdf>. Acesso em: 29 maio 2023.

ROCHA, Debora Cristina de Castro da; ROCHA, Edilson Santos da; SCHIAVONI, Rachel. Holding familiar e as vantagens do planejamento sucessório em detrimento do inventário. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345719/holding-familiar-e-as-vantagens-do-planejamento-sucessorio>. Acesso em: 18 nov. 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Planejamento sucessório: teoria e prática. 2. ed., rev., atual. e ampl.** São Paulo: Editora JusPodvm, 2023.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário. 9. ed.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTA CATARINA. **LEI Nº 13.136, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2004**. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e doação de quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Santa Catarina: Assembleia Legislativa, 2004. Disponível em:

http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2004/13136_2004_Lei.html. Acesso em: 29 maio 2023.

SÃO PAULO. **DECRETO Nº 46.665, DE 01 DE ABRIL DE 2002**. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - (ITCMD), de que trata a Lei nº 10.705, de 2000, alterada pela Lei nº 10.992, de 2001. São Paulo: Governo do Estado, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46655-01.04.2002.html>. Acesso em: 29 maio 2023.

SÃO PAULO. **DECRETO Nº 55.002, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2009**. Introduce alteração no Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – RITCMD. São Paulo: Governo do Estado, 2009. Disponível Em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2009/decreto-55002-09.11.2009.html>. Acesso em: 29 maio 2023.

SÃO PAULO. **LEI Nº 10.705, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2000**. Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2000. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SÃO PAULO. **PROJETO DE LEI Nº 511/2020**. Altera o artigo 16 da Lei 10.705, de 28 de dezembro 2000, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000331890>. Acesso em: 29 maio 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação / Remessa Necessária / ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis nº 10077767720228260482**, 12ª Câmara de Direito Público. Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelado: Sara Cristina Quintiliano Barreto. Relator: J. M. Ribeiro de Paula. São Paulo, SP, 03 de maio de 2023. Mandado de Segurança - ITCMD - Base de Cálculo – Doação de Quotas de Sociedade Limitada - Tributo Que Deve Ser Recolhido Com Base no Valor Patrimonial Contábil, nos Termos da Lei Estadual Nº 10.705/2000, Art. 14, § 3º - Admissibilidade - Precedentes TJSP - Sentença de Concessão da Ordem Mantida – Recurso de Apelação e Reexame Necessário, Desprovidos. São Paulo, 04 maio 2023. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16716867&cdForo=0>. Acesso em: 29 maio 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 10107750320228260482**, 7ª Câmara de Direito Público. Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelados: Marcos Yassui Ikeda e outros. Relator: Coimbra Schmidt. São Paulo, SP, 13 de março de 2023. Mandado de Segurança. ITCMD. Pretensão À Anulação de AIIIMs. Doação de Quotas de Capital Social de Empresa. Subavaliação. Base de Cálculo. Preponderância do Valor Real das Quotas Transmitidas, em Detrimento do Valor Contábil, Cujos Bens, em Última Análise, Representam O Patrimônio da Sociedade Empresarial Para Efeito do Estabelecimento da Base de Cálculo do Imposto. Arts. 9º, § 1º, 11 e 14, §§ 1º e 3º,

da Lei Estadual Nº 10.705, de 2000. Sentença Reformada. Recursos Providos. São Paulo, 13 mar. 2023. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16545788&cdForo=0>. Acesso em: 29 maio 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Remessa Necessária Cível / ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis nº 10517880820228260053**, 5ª Câmara de Direito Público. Recorrente: Juízo "Ex Officio". Recorridos: Lino Gonçalves Brandão Neto e outros. Relator: Eduardo Prativiera. São Paulo, SP, 20 de abril de 2023. Remessa Necessária. Mandado de Segurança. Direito Tributário. Base de Cálculo do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação ("ITCMD"). Bem Imóvel. Valor Venal. Utilização do Valor Fixado Para Lançamento do IPTU Como Base de Cálculo Mínima. Impossibilidade de Adoção da Base de Cálculo do ITBI, nos Termos do Decreto Estadual Nº 55.002/09. Ilegalidade do Referido Decreto À Luz do Art. 150, I, da Constituição Federal e do Art. 97, II e IV, §1º, do CTN. Ofensa Ao Princípio da Legalidade. Possibilidade, Contudo, de Instauração de Procedimento Administrativo Para Arbitramento da Base de Cálculo Pela Fazenda Pública, Assegurados Ao Contribuinte O Contraditório e A Ampla Defesa, Desde Que Tal Prerrogativa Não Seja Exercida Pelo Fisco Com Base no Decreto Ilegal. Sentença Mantida. Reexame Necessário Não Provido. São Paulo, 20 abr. 2023. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16674775&cdForo=0>. Acesso em: 29 maio 2023.

SCAFF, Fernando Facury. Tributação de doações no STF: conflito federativo entre ITCMD e IR. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-20/justica-tributaria-tributacao-doacoes-stf-conflito-federativo-entre-itcmd-ir>. Acesso em: 29 maio 2023.

SERGIPE. **LEI Nº 7.724, DE 08 DE NOVEMBRO DE 2013**. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, e dá outras providências. Sergipe: Assembleia Legislativa, 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=313882>. Acesso em: 29 maio 2023.

VALENTIN, Jefferson. Evasão fiscal do ITCMD na integralização de capital. **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/evasao-fiscal-do-itcmd-na-integralizacao-de-capital-28082020?amp>. Acesso em: 18 nov. 2022.

VALENTIN, Jefferson. **Holding**: estudo sobre a evasão fiscal no planejamento sucessório. **1. ed.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2021.